



UNIVERSIDAD
**PABLO DE
OLAVIDE**
SEVILLA

TESIS DOCTORAL

**“DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES A LA INCORPORACIÓN DEL
PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL MODERNO
DERECHO DE CONTRATOS: SU ESTUDIO EN EL
SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO”**

GRISEL GALIANO MARITAN

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

SEVILLA, 2021

**“DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES A LA INCORPORACIÓN DEL
PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL MODERNO
DERECHO DE CONTRATOS: SU ESTUDIO EN EL
SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO”**

GRISEL GALIANO MARITAN

**TESIS DOCTORAL EN DERECHO CIVIL COMPARADO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE**

**DIRECTOR DE TESIS: PROF. DR. D. FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE**

DEDICATORIA

A mi “Madre, Mi Hermano, Mis Tíos y “Pelota”, ellos han sido mi inspiración.
Especialmente a mi Padre, porque, aunque no esté, sé que soy su mayor
orgullo.

AGRADECIMIENTOS

Alguien me dijo un día, “No hay en el mundo exceso más bello que la gratitud”, por eso quisiera aprovechar esta oportunidad para agradecerles a todas aquellas personas que han estado a mi lado en la realización de este sueño que ya casi se convierte en realidad.

Debo agregar, además, que esta cuartilla, ni muchas otras que utilice serán suficiente para decirle a cada persona lo que han significado y el papel que han jugado en la realización de este trabajo, solo puedo decirles que les agradezco por TODO, y en ese TODO va impregnado mi gratitud, mi cariño, mi respeto y las Gracias Para Siempre, ese gesto irá guardado en un rinconcito de mi corazón.

– A mi tutor, el Dr. Francisco Infante Ruiz, pues no creo que exista en la Universidad Pablo de Olavide otro mejor, sin él no hubiera podido ni siquiera comenzar este proyecto. Le estaré eternamente agradecida por la orientación sobre el tema, que desde el inicio me enamoró, y hace que hoy me sienta plenamente identificada. Por recibirme con excelente disposición desde la primera vez, siempre presto a ayudarme, y no sólo a mí, sino a todos los amigos y colegas para los cuales le he pedido asesoría. Además, y no por último menos importante, por las revisiones y sugerencias realizadas sin las cuales el trabajo no hubiera tenido la coherencia y rigurosidad que hoy tiene, sin dudas, fueron las que permitieron presentar el resultado que hoy se exhibe.

– A Ordellín, pues gracias a él me matriculé en este Programa doctoral y tuve la oportunidad de tener el tutor que hoy tengo.

– Al Dr. Fernando Rey Martínez, uno de los autores más importantes en el estudio de la Discriminación en España, pues sin conocerme, y por medio de la comunicación en línea, me brindó todo el material bibliográfico sobre su autoría que han servido de soporte a esta investigación, además de brindarme apoyo y ánimo incondicional.

– De igual forma a la Dra. María Paz García Rubio, otra de las autoras reconocidas en el tema, pues me brindó toda la información de forma inmediata y desde el inicio gustosa de hacerlo.

- Al Doctor Benjamín Marcheco Acuña, amigo y lector de mis primeras líneas y también de las últimas, las cuales fueron acotadas mediante valiosas sugerencias que me ayudaron a darle orden, sentido y coherencia a la investigación.
- A la Doctora Celín, que además de amiga entrañable, fue revisora y consejera desde el inicio de la tesis, enriqueciéndola con sus consejos y ayudándome a crecer cada día en la investigación; y no sólo eso, sino por acompañarme en los momentos y etapas más difíciles de corrección.
- A Claudia, porque a pesar de su poca experiencia en la investigación también se convirtió en una lectora e investigadora del tema, acompañándome en esta quimera, que al inicio parecía inalcanzable.
- A la Doctora Caridad Valdés Díaz, tutora de mi maestría, a quien admiro y considero paradigma y ejemplo a seguir, pues con mucha dulzura siempre me ha sabido enseñar, orientar y criticar constructivamente.
- Al Doctor Arsul José Vázquez Pérez, a quien tuve la gran suerte de reencontrar en este proceso para que me orientara durante todo el desarrollo de la investigación con sus consejos que, sin lugar a dudas, aportaron también.
- A mi mamá, por ser mi mayor inspiración, por acompañarme desde lejos en este camino que ha sido largo y lleno de tropiezos fuertes, por entenderme, tolerar mis impulsos cuando mis días eran desesperados, porque, aunque ella no haya podido escribir ni una sola línea de esta tesis como hubiese querido, la considero tan autora como yo, pero, sobre todo, porque este sueño que se hace realidad pude lograrlo solo porque ella existe, sin ti Mami, nada en la vida tendría sentido.
- A mi hermano, por darme toda la esperanza que necesité para seguir adelante, por escucharme durante estos 16 meses cada día, cada segundo, todas mis historias y lamentos, porque a él le debo parte de lo que soy, por creerme siempre mejor y motivarme a seguir y sacar esa fuerza interior que ni yo sabía que tenía.
- A mis tíos, Cheo, Roberto y Nini, porque en lugar de mi padre, me ayudaron y apoyaron para ser quien soy, porque para ellos no hay nadie como yo, y porque son parte de esa inspiración interior que me impulsa a seguir adelante.

- A Pelota, por soportar mi mal humor y mal genio disfrazado de profunda tristeza, porque cuando el estrés me dominaba siempre estuvo ahí, callado, para dejarme desahogar todas mis frustraciones investigativas, por escuchar mis ideas, opiniones del tema, y sobre todo por estar aquí conmigo para vivir este sueño y otros que se harán realidad.
- A Yai, amiga de esta y mil batallas, por estar a mi lado durante todos estos meses de estudio y lucha constante dándome consejos y ánimo hasta el final, por escuchar mis historias y transmitirme la calma que se necesita para lograr estos retos.
- A mis amigas Lisset, Lieni, Aimara, Lianet, Martica, Diagny, Noadys, que han estado ahí para darme fuerzas, el ánimo y las palabras que siempre se necesitan para no rendirse.
- A ustedes, mi Dios y mi Santa Rita de Cascia, por hacer posible lo imposible, por darme la sabiduría y las fuerzas necesarias en este largo camino.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo fundamentar la importancia de la incorporación del principio de no discriminación en el moderno Derecho de Contratos. Para ello, resultó imprescindible realizar un análisis de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o *Drittwirkung*, con el propósito de demostrar la incidencia de los derechos fundamentales no solo frente a los poderes públicos, sino también en las relaciones entre los particulares.

El aporte fundamental consiste en una propuesta que permita crear las bases para futuras normativas, que incluyan los principales fundamentos del principio de no discriminación en el Derecho de Contratos, con el fin de dotar al sistema jurídico ecuatoriano de una legislación que configure un escenario de justicia, libertad e igualdad verdadera, especialmente en las relaciones jurídicas contractuales.

La memoria doctoral se estructura en cinco capítulos. El primero contiene un análisis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales; el segundo examina el principio de igualdad a partir de sus exigencias teóricas e instrumentación jurídica desde la jurisprudencia ecuatoriana; el tercero se basa en los presupuestos teóricos del principio de no discriminación para analizar su regulación en el ordenamiento comunitario europeo y el español, que sirven de referente por su avance teórico y normativo sobre el tema; el cuarto analiza el reconocimiento legal y jurisprudencial de la no discriminación en Ecuador, y en el quinto se proponen los aspectos teóricos principales que deberá contemplar el legislador para regular y garantizar la protección contra la discriminación en el Derecho de Contratos ecuatoriano.

ABSTRACT

The present research aims to substantiate the importance of incorporating the principle of non-discrimination in modern Contract Law. For this, it was essential to carry out an analysis of the theory of the horizontal effectiveness of fundamental rights or *Drittwirkung*, with the purpose of demonstrating the incidence of fundamental rights, not only vis-à-vis the public powers, but also in the relationships between individuals. It is precisely thanks to the recognition of this theory that the application of the principle of non-discrimination to contractual relationships has been defended for some years.

The fundamental contribution consists of a proposal that allows creating the bases for future regulations, which include the main foundations of the principle of non-discrimination in Contract Law, in order to provide the Ecuadorian legal system with legislation that configures a scenario of justice, true freedom and equality, especially in contractual legal relationships.

The doctoral memory is structured in five chapters. The first one contains an analysis of the horizontal effectiveness of the fundamental rights; the second he/she examines the principle of equality starting from their theoretical demands and artificial instrumentation from the Ecuadorian jurisprudence; the third are based on the theoretical budgets of the non discrimination principle to analyze their regulation in the European community classification and Spanish that serve of relating for their theoretical and normative advance on the topic; the room analyzes the legal recognition and jurisprudencial of the non discrimination in Ecuador, and in the recruit they intend the main theoretical aspects that the legislator will contemplate to regulate and to guarantee the protection against the discrimination in the Ecuadorian Right of Contracts.

INTRODUCCIÓN	1
“ACLARACIONES PREVIAS: ASPECTOS METODOLÓGICOS”	7
CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS TEÓRICOS SOBRE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	11
1.1. Los derechos fundamentales. Aproximación conceptual	11
1.2. Las garantías a los derechos fundamentales: una necesidad de cara a su eficacia.....	26
1.3. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales.....	34
1.3.1. El deber de protección	45
1.3.2. La desvinculación de los derechos fundamentales respecto de su titular	48
1.3.3. Efecto de irradiación de los derechos fundamentales.....	52
1.3.4. Eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (<i>Drittwirkung</i>)	57
1.4. Teorías de la eficacia horizontal.....	62
1.4.1. Teoría de la eficacia inmediata	62
1.4.2. Teoría de la eficacia mediata	69
1.5. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales frente a las relaciones entre los particulares, su reconocimiento jurisprudencial	74
1.5.1. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en Alemania y España.....	75
1.5.2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en defensa de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales	85
1.5.3. La jurisprudencia latinoamericana en defensa de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.....	90
a) El caso Siri argentino, todo un referente jurisprudencial en materia de protección de libertades constitucionales	97
b) El caso Kot en Argentina y la defensa de los derechos en las relaciones privadas.....	99
c) La contaminación sonora como causa de vulneración de derechos. Su tratamiento en un caso colombiano	102
d) La libertad religiosa, un debate judicial sobre su protección en el ámbito laboral en Colombia	103
e) La libertad de cátedra frente a las libertades religiosa y de conciencia. Un ejemplo de ponderación judicial en Colombia.....	105
f) La discriminación racial, la experiencia de una colombiana y la respuesta de la Corte	106
g) Un pronunciamiento jurisprudencial peruano relativo a la protección de derechos laborales	108

h) Otro ejemplo peruano de protección judicial a los derechos laborales	109
i) Un pronunciamiento en <i>pos</i> de la protección de derechos en una relación <i>inter privados</i> en Brasil.....	111
j) La importancia del respeto a la privacidad y su conexión con otros derechos, una mirada desde el Tribunal Constitucional boliviano	111
k) Pronunciamiento de la justicia constitucional de Chile ante la discriminación legal por cuestión de sexo y edad.....	112
1.6. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en Ecuador.....	117
1.7. La acción de protección frente a los particulares, su importancia para la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el Ecuador.....	125
1.7.1. Situaciones de subordinación, indefensión o discriminación. Sus particularidades	138
1.7.1.1. Subordinación-indefensión. Análisis de casos.....	139
a) Un caso de violación a los derechos constitucionales al debido proceso y a ser juzgado por un juez competente	139
1.7.1.2. Indefensión. Análisis de casos	141
a) Intereses económicos particulares frente al derecho a la educación, un examen de caso	142
b) El derecho a la salud desde una perspectiva diferente, valoraciones jurisprudenciales	144
1.7.1.3. Discriminación-indefensión. Análisis de casos	145
a) La discriminación por discapacidad como limitante al disfrute del derecho a la educación	146
Consideraciones intermedias.....	147
CAPÍTULO II. LA IGUALDAD, SUS EXIGENCIAS TEÓRICAS E INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA. LA VISIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL ECUATORIANA.....	149
2.1. Orígenes y evolución de la igualdad en el plano jurídico	150
2.2. Aproximación a la noción compleja de la igualdad, como valor, principio y derecho fundamental	156
2.3. Planos del principio general de igualdad.....	164
2.4. Sobre la igualdad formal y material. Presupuestos teórico prácticos... ..	174
2.5. La exigencia de no discriminación como garantía del derecho a la igualdad	184
2.6. La igualdad y el principio de proporcionalidad	186
2.6.1. El <i>test</i> de proporcionalidad, su utilidad de cara a la igualdad	193
2.7. La igualdad y la no discriminación en los instrumentos jurídicos internacionales.....	195

2.8. El principio de igualdad en la Constitución de Ecuador del 2008.....	202
2.9. Los principios de igualdad y no discriminación en los pronunciamientos de la Corte Constitucional ecuatoriana	207
a) El quebrantamiento de la igualdad ante un supuesto de discriminación por VIH.....	210
b) La igualdad ante el reconocimiento de filiación de padres del mismo sexo	213
c) Reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador, una mirada jurisprudencial.....	215
d) El embarazo como causa de discriminación, particularidades de un caso en el ámbito militar.....	219
Consideraciones intermedias.....	221
CAPÍTULO III: PRESUPUESTOS TEÓRICOS DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO Y EL ESPAÑOL	223
3.1. La discriminación y el principio no discriminatorio: Aspectos conceptuales	224
3.2. El principio de no discriminación y sus diferentes manifestaciones	232
3.2.1. La discriminación directa	233
3.2.2. La discriminación indirecta.....	236
3.2.3. Discriminación por indiferenciación.....	238
3.2.4. Discriminación errónea, oculta y por asociación.....	241
3.2.5. Discriminación múltiple	243
3.2.6. Discriminación estructural.....	248
3.3. Las acciones afirmativas como paliativo ante la discriminación.....	251
3.4. Mecanismos de defensa del Derecho antidiscriminatorio	264
3.5. El principio de no discriminación en el Derecho Internacional de los derechos humanos.....	269
3.6. El principio de no discriminación en el ordenamiento comunitario europeo	275
3.6.1. Algunas notas sobre la evolución del Derecho antidiscriminatorio comunitario	276
3.6.2. Una mirada a la normativa antidiscriminatoria europea	281
3.7. El Derecho español ante la discriminación. Análisis normativo y jurisprudencial.....	290
3.7.1. Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación en el ordenamiento jurídico español	301
3.8. El valor de la prueba en la defensa judicial de la no discriminación.....	309

Consideraciones intermedias.....	320
CAPÍTULO IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA NO DISCRIMINACIÓN EN ECUADOR, SU PROYECCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.....	323
4.1. Protección jurídica a la no discriminación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	324
4.2. Discriminación por razón de sexo. Panorámica jurídica en el Ecuador	344
a) La discriminación a la mujer para el acceso a cargos públicos	353
b) El sexo como causa de discriminación. Análisis de un caso fundado en estereotipos, preconcepciones y prejuicios en contra de las mujeres.....	354
4.3. Discriminación por razón de identidad de género u orientación sexual. Panorámica jurídica en el Ecuador	357
4.3.1. Protección judicial y estudio de casos	359
a) La orientación sexual como causa de discriminación: Un análisis de caso en el ámbito deportivo.....	362
b) La unión de hecho homosexual, un ejemplo de discriminación a pesar de su legalidad	364
c) Un supuesto de discriminación derivada de la unión de hecho homosexual en Ecuador.....	365
d) Las trabas discriminatorias para la filiación de la descendencia de parejas homosexuales. Estudio de un caso	366
e) La identidad de género y el acceso a la educación. Un ejemplo de discriminación que pone en pugna ambos derechos.....	368
f) La identidad de género en el escenario registral. Resistencia al cambio en clave de discriminación.....	369
4.3. Discriminación por razón de discapacidad. Su examen en el contexto jurídico ecuatoriano.....	371
4.3.1. Protección judicial y estudio de casos	377
a) La discriminación por razones de discapacidad intelectual, un reto para el disfrute del derecho a la educación	379
b) El trato discriminatorio ante la discapacidad. Un ejemplo de su proyección al cuidador.....	381
c) La jubilación por invalidez, confluencia de derechos y escenario discriminatorio	382
4.4. Discriminación por razón de estado de salud o portar VIH. Manifestaciones en el contexto jurídico ecuatoriano.....	384
4.4.1. Protección judicial y estudio de casos	390
a) El desafío de los derechos laborales ante el VIH: un análisis de caso	393

b) El alcoholismo, una mirada a un caso discriminatorio en el ámbito educativo	393
c) Otro ejemplo de discriminación por condición de salud en el acceso a la educación militar	395
4.5. Discriminación por lugar de nacimiento, la condición migratoria. Su protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	398
4.5.1. Protección judicial y estudio de casos	400
a) La discriminación a extranjeros y refugiados. Una mirada casuística ilustrativa	403
b) Las personas en condición de movilidad como sujetos de discriminación. Un ejemplo referencial	405
c) El pasado judicial como causal de discriminación. Un ejemplo de su combinación con cuestiones de nacionalidad	406
d) La exigencia de igualdad de los extranjeros frente a funcionarios públicos en Ecuador. La discriminación a un cubano	408
4.6. Discriminación por razones de etnia. Análisis y respuesta jurídica en el Ecuador	410
4.6.1. Protección judicial y estudio de casos	414
a) La discriminación racial, su manifestación en un caso dentro de la formación militar	416
4.7. Discriminación por razón de edad en el Ecuador. Sus variantes y proyecciones jurídicas	418
4.7.1. Protección judicial y estudio de casos	420
a) La discriminación de los adultos mayores a través de la negativa de ejecución de sus prerrogativas legales. Un ejemplo particular	421
b) La edad y el acceso a la educación, un ejemplo discriminatorio en este escenario de confluencias	423
Consideraciones intermedias	424
CAPÍTULO V. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS. TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL DERECHO EUROPEO Y EL ECUATORIANO	426
5.1. El principio de no discriminación como límite a la autonomía privada .	426
5.2. La relación entre el principio de igualdad y libertad contractual	432
5.2.1. La libertad contractual y su relación con el principio de igualdad de trato	435
5.3. El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones contractuales	439
5.3.1. La libertad contractual frente a la prohibición de discriminar	450

5.3.2. Especial referencia a la discriminación en las relaciones laborales contractuales	452
5.3.3. La discriminación en las relaciones laborales. Análisis de la legislación infra constitucional ecuatoriana	458
5.3.3.1. Formas de discriminación más comunes en las relaciones laborales	471
5.3.3.2. Criterio jurisprudencial y estudio de casos	476
a) La discriminación por razones de salud, el típico caso del VIH, su manifestación en el ámbito laboral	481
b) El acoso como manifestación de la discriminación a las mujeres, su expresión en el ámbito laboral	482
c) El embarazo como causal de discriminación en el ámbito laboral....	484
d) Un ejemplo de discriminación laboral originado en la discapacidad. Respuesta jurisprudencial	485
5.4. La protección del Derecho antidiscriminatorio desde el Derecho de Contratos	487
5.5. Regulación jurídica del derecho antidiscriminatorio en el moderno Derecho de Contratos. Una mirada a las legislaciones española y alemana	512
5.5.1. Protección contra la discriminación en el derecho comunitario y español	512
5.5.2. La ley alemana de igualdad de trato: un paso de avance en la prohibición de discriminación en el moderno Derecho de Contratos	520
5.6. El marco común de referencia (DCFR): un reconocimiento a la prohibición de discriminar en el Derecho de Contratos.....	532
5.7. Las diferentes manifestaciones de discriminación. Una mirada normativa y jurisprudencial de cara a su aplicación en el moderno Derecho de Contratos	539
5.7.1. Discriminación directa e indirecta	539
5.7.2. Discriminación por indiferenciación.....	550
5.7.3. Discriminación errónea, oculta y por asociación	553
5.7.4. Discriminación múltiple	556
5.7.5. Discriminación estructural.....	562
5.8. La prohibición de discriminación en el Derecho de Contratos: los diferentes ámbitos en el acceso a bienes y servicios en el Derecho europeo y ecuatoriano	567
5.8.1. Prohibición de discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público.....	572
5.8.2. Discriminación en el acceso a la vivienda.....	582

5.8.3. La discriminación en los contratos de seguro	588
5.8.4. La prohibición de discriminación en la concesión de crédito y en los contratos bancarios	603
5.8.5. La discriminación en el derecho de asociación.....	610
5.9. La discriminación entre particulares en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Razones para su prohibición	618
5.10 Soluciones de Derecho privado ante las conductas discriminatorias en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	627
5.11. Hacia una nueva visión de la protección contra la discriminación en el Derecho de Contratos ecuatoriano. Propuesta de regulación jurídica	632
Consideraciones intermedias.....	662
CONCLUSIONES	664
BIBLIOGRAFÍA	669

ABREVIATURAS

AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
AGG	Ley alemana de igualdad de trato (<i>Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz</i>)
ANINP	Agenda para la igualdad de nacionalidades y pueblos
APROFE	Asociación Pro-Bienestar de la Familia Ecuatoriana
BGB	Código Civil de Alemania (en alemán Bürgerliches Gesetzbuch)
BOE	Boletín Oficial Español
BIESS	Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
CAAP	Centro de Ayuda Académica Profesional
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CDF	Carta de Derechos Fundamentales
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDPD	Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad
CEDAW	Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer
CEDEC	Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEIICH	Centro de Investigaciones multidisciplinares en Ciencia y Humanidades
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNIPN	Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades
CNT	Corporación Nacional de Telecomunicaciones
COGEP	Código Orgánico General de Procesos

CONADIS	Consejo Nacional de Integración para las Personas con Discapacidad
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CTG	Comisión de Tránsito del Guayas
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
DELOITTE	<i>Touche Tohmatsu Limited</i> es la firma privada número uno de servicios profesionales del mundo
DESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
D.O.	Diario oficial
GAD	Gobierno Autónomo Descentralizado
GLBTI	Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transgénero, Transexuales, Travestis e. Intersex
GRAPO	Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre
IAEN	Instituto de altos estudios nacionales
ICCI	Instituto Científico de Culturas Indígenas
IDH	Corte Internacional de Derechos Humanos
IESS	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
IESS	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
IIDH	Instituto Internacional de Derechos Humanos
INEC	Instituto Nacional de Estadísticas y Censos
INREDH	Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos
ISAPRES	Instituciones de Salud Previsional
LGBTI	Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales
LOEI	Ley Orgánica de Educación Intercultural
LOEPS	Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
LOI	Ley Orgánica 3/2007
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PNV	Partido Nacionalista Vasco

PPU	Promociones y Publicaciones Universitarias
S.A.A	Sociedad Anónima Abierta
SEGOB	Secretaría de Gobernación en México
SIDA	Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida
STC	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
SENAI	Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TCCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UBC	Unión Brasileña de Compositores
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento y defensa de los derechos fundamentales constituye uno de los tópicos más importantes de cualquier ordenamiento jurídico¹. En sus inicios, los derechos fundamentales surgieron como derechos de defensa oponibles al Estado, en la medida en que tenían por objeto reconocer y proteger ámbitos de libertad, o exigir prestaciones que los órganos públicos debían otorgar o facilitar². De esta manera, el individuo era el sujeto activo y el Estado el sujeto pasivo por excelencia.

Al ser entendidos como derechos públicos subjetivos, los derechos fundamentales no se consideraban extensibles al ámbito de las relaciones privadas, pues se concebía inaceptable que entre privados se presentaran abusos o relaciones asimétricas, las cuales, en teoría, debían realizarse en condiciones plenas de libertad e igualdad.

El debate jurídico según el cual los derechos fundamentales se proyectan no sólo en el ámbito de las relaciones persona-Estado, sino también en las relaciones entre particulares, no es una cuestión novedosa para la dogmática constitucional contemporánea³. En efecto, la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha sido un tema de discusión constante desde que fuera formulada en 1958 por el Tribunal Constitucional alemán en el paradigmático caso LÜTH⁴. Desde entonces, la incidencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas ha sido el motor de la doctrina *Drittwirkung der Grundrechte*, que, a partir de diferentes interpretaciones desde

¹ Btrad. español Ernesto Garzón Valdés, editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 195 y 196; FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, No. 15, Madrid, julio–diciembre, 2006, p. 117.

² Vid. LEISNER, Walter, *Grundrechte und Privatrecht*, Munich, 1960, p. 200.

³ QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 104; García Torres, Jesús, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO y Carrillo DE ALBORNOZ, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 26.

⁴ Fue Hans Carl, NIPPERDY, presidente del Tribunal Laboral Federal Alemán, quien formuló la teoría de la *Drittwirkung*, entendida como *eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas (unmittelbare Drittwirkung)*.

la ley y la jurisprudencia, ha sido aceptada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

En la actualidad, los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos que garantizan la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado, sino que, como principios y valores que rigen todo el ordenamiento jurídico, también irradian a las relaciones recíprocas entre los particulares⁵. Con ello, en ningún momento se niega que los derechos fundamentales hayan nacido como límites al poder público, aunque esta no es su única función, sino que, aunado a ella, los derechos se han concebido también para regular las relaciones entre los particulares⁶.

El hecho de que las relaciones jurídicas privadas casi nunca se establecen entre sujetos que se encuentran en plena igualdad, genera un espacio de asimetría y desequilibrio negocial, donde quien tiene la posición dominante, condiciona la decisión de la parte débil, que no tendrá más opción que aceptar las condiciones unilateralmente impuestas. Y justamente, de situaciones como esta, nacen la desigualdad y la discriminación a que son sometidas las partes en la relación negocial.

Según lo expuesto, el derecho subjetivo a la igualdad ante la ley permite reaccionar frente a diferencias de trato no justificadas, y convierten en fundamental el derecho a no ser discriminado. Por ello, se ha venido gestado una de las regulaciones jurídicas más importante de nuestros tiempos, cuya trascendencia resulta cada vez más indudable: el llamado “nuevo derecho

⁵ VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad*, prólogo de R. de Asís, editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 114; BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 467; Vid. BALLARÍN IRIBARREN, Javier, “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la “Drittwirkung”) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, No. 24, Madrid, septiembre-diciembre 1988, p. 288; GARCÍA TORRES, Jesús, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO y Carrillo DE ALBORNOZ, “*Derechos fundamentales... cit.*”, p. 48.

⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María, “Eficacia entre particulares”, *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, Universidad de Alcalá*, 2012, pp. 3 y 4; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Eficacia privada de los derechos fundamentales y recurso de amparo”, en *Revista Boliviana de Derecho*, No. 13, Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia, enero 2012, p. 42; Vid. ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 223-290.

antidiscriminatorio”, que, analizado desde el ámbito del Derecho Privado, y especialmente del nuevo Derecho de Contratos, resulta de gran novedad.

El derecho antidiscriminatorio está relacionado con el impacto que causan las conductas sobre las personas o grupos en desventaja, teniendo como principal objetivo el análisis de los tipos específicos de prejuicios y discriminación, el análisis de los menoscabos que produce, y la desigualdad a la que son sometidas las personas en esa situación, lo cual se relaciona estrechamente con la igualdad en sentido material.

Conviene apuntar entonces la innegable relación que existe entre la igualdad como principio constitucional, reconocido en casi todos los ordenamientos jurídicos, para no ser absolutos, y la discriminación. Por lo que se puede afirmar que las técnicas de derecho antidiscriminatorio presuponen un enfoque que trasciende la igualdad formal.

La estrecha vinculación del derecho a la igualdad en sus dos manifestaciones (formal y material) y la no discriminación, implica reconocer que la lucha por la igualdad tiene distintas dimensiones. En primer lugar, la igualdad de trato y la prohibición de cualquier forma de discriminación, que incluye la discriminación directa, el acoso, las instrucciones para discriminar, la discriminación indirecta, el deber de acomodo razonable, la discriminación por asociación, y la discriminación múltiple; y de otro, la igualdad de oportunidades, que incluye el mandato a los poderes públicos para que promuevan condiciones que permitan a los ciudadanos en situación de desventaja ubicarse en condiciones iguales a los demás.

A partir de los años cincuenta, incluso antes de la configuración del nuevo derecho antidiscriminatorio, se sostuvo por algunos estudiosos en la materia⁷,

⁷ NIPPERDEY, Hans Carl, “Grundrechte und Privatrecht”, en *Nipperdey, H.C. (Herausgeber), Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin, 1962, pp. 17-33; VON MÜNCH, Igno, *Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*, trad. de M. Díaz y D. Felip, en Salvador Coderch, P. et. al., *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 25-53; BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales...cit.*, pp. 463-464; DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)”, en *Responso iurisperitorum digesta*, José Angel GONZÁLEZ DELGADO, Vol. 5, 2003, pp. 47-64; “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2002, pp. 693-

un amplio debate sobre la influencia de los principios y derechos constitucionales en las relaciones jurídicas entre particulares. Lo que ha traído como consecuencia que el tema de la discriminación, que antes se extendía solo al ámbito de las relaciones laborales o de empleo, se haya extendido también a las relaciones contractuales. Por ello, resulta indiscutible la necesidad de regulación en los ordenamientos jurídicos, específicamente en las relaciones de derecho contractual, del principio de igualdad y no discriminación.

La Constitución ecuatoriana de 2008, reconoce en su artículo 11, apartado segundo que: “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”.

De manera que, en dicho precepto constitucional, se establece la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas ante la ley, y se prohíbe realizar discriminaciones por cualquiera de las razones o condiciones personales o sociales que allí se establecen. Desde esta perspectiva, la Constitución establece en el resto de su articulado aquellos preceptos que garantizan el respeto a la igualdad y la protección contra la discriminación en todas sus vertientes.

El citado precepto de la Constitución, junto a otros que regulan la igualdad y el principio de no discriminación, son una muestra de que en el ordenamiento

694; CARBONELL, Miguel, Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares (Notas para su estudio), en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 18, 2006, pp. 50-75.

jurídico ecuatoriano existe un principio general relativo a la “no discriminación”, acompañado, como es lógico, del principio de igualdad. Sin embargo, se deben incorporar en él regulaciones específicas sobre el derecho antidiscriminatorio en las relaciones jurídicas contractuales, a través de la formulación de reglas y principios que ordenen e irradien de forma general todas las relaciones que en el ámbito del Derecho Privado puedan suscitarse, especialmente del moderno Derecho de Contratos.

El principio de no discriminación ha sido poco abordado desde el sistema jurídico ecuatoriano, sobre todo en sede de Derecho de Contratos. No obstante, en otros ordenamientos si resultan significativos los estudios que en torno al tema se han encauzado. De esta forma, no pueden dejar de mencionarse entre los autores clásicos para la ciencia del Derecho en el campo Constitucional a Hans Carl NIPPERDEY; Robert ALEXU; Manuel ATIENZA; Antonio Enrique PÉREZ LUÑO; Luis PRIETO SANCHÍS; FRANCISCO RUBIO LLORENTE; Fernando REY MARTÍNEZ; Manuel LÓPEZ Y LÓPEZ; Luigi FERRAJOLI; Juan María BILBAO UBILLOS; José Juan ANZURES GURRÍA; los cuales han realizado aportes significativos al estudio de los derechos fundamentales y su eficacia horizontal en las relaciones entre particulares, así como el análisis del derecho a la igualdad en todas sus vertientes, que no puede separarse del estudio del principio de no discriminación.

Son relevantes además en el análisis del principio de no discriminación en las relaciones privadas y, particularmente en el Derecho de Contratos, objeto de esta investigación, los trabajos de María Ángeles BARRÈRE UNZUETA; MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO; Carmen María CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE; Francisco Javier DÍAZ REVORIO; Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ; Ariadna AGUILERA RULL; Francisco INFANTE RUIZ; Susana NAVAS NAVARRO, entre otros.

Las razones antes expuestas justifican la necesidad de este estudio y lo dotan de importancia y novedad, pues del análisis que antecede se concluye que, aunque el tema es abordado desde el punto de vista del Derecho Constitucional, se requiere de forma urgente la incorporación en el ordenamiento jurídico civil ecuatoriano de directivas, normas y principios que regulen la incorporación del principio de no discriminación en el moderno Derecho de Contratos.

La investigación fue estructurada en cinco capítulos que permitieron desarrollar los objetivos planteados, presentándose de la siguiente forma: en el primer capítulo titulado “Fundamentos teóricos de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales” se analizan las principales teorías que determinan la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, a partir de concepciones doctrinales y elementos configuradores en torno a la dimensión objetiva de los mismos, el deber de protección a cargo del Estado, y el efecto de irradiación; lo cual permitió analizar la eficacia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico ecuatoriano.

En el segundo capítulo denominado “La igualdad, sus exigencias teóricas e instrumentación jurídica. La visión constitucional y jurisprudencial ecuatoriana”; se realiza un estudio de la igualdad, considerando sus principales aspectos teóricos y su estrecha vinculación con el principio de no discriminación. Por último, se examinan los pronunciamientos esenciales de la Corte constitucional ecuatoriana en torno a estos principios.

El tercer capítulo “Presupuestos teóricos del principio de no discriminación. Análisis de su regulación jurídica en el ordenamiento comunitario europeo y el español”; se dedica a realizar una valoración de los principales presupuestos del principio de no discriminación, teniendo en cuenta la regulación jurídica y el tratamiento jurisprudencial que ha tenido el tema en el ordenamiento comunitario europeo, así como el análisis de la prueba en la defensa judicial de la no discriminación.

El cuarto capítulo “La constitucionalización de la no discriminación en Ecuador, su proyección legal y jurisprudencial”; propone realizar un examen pormenorizado del tratamiento teórico y normativo de las diferentes formas de discriminación, así como el contenido del principio de igualdad y no discriminación en los principales casos resueltos por la Corte constitucional de Ecuador, de los cuales pudieran extraerse las principales pautas a aplicar en las relaciones entre particulares.

Y el quinto capítulo dedicado a “La incorporación del principio de no discriminación en el moderno Derecho de Contratos. Su tratamiento jurídico en el Derecho europeo y el ecuatoriano” examina la proyección de este principio en las relaciones contractuales, y establece, a partir del análisis del Derecho

europeo, una propuesta de regulación jurídica que incluya el principio de no discriminación en el moderno Derecho de Contratos ecuatoriano.

“ACLARACIONES PREVIAS: ASPECTOS METODOLÓGICOS”

La actual concepción de la discriminación ha supuesto un cambio para los modernos ordenamientos jurídicos que consideran la no discriminación como un principio que se deriva o relaciona estrechamente con el derecho fundamental a la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades. Por lo que la regulación adecuada de ellos desde el ordenamiento jurídico constitucional resultaría el punto de partida para las regulaciones posteriores frente a la discriminación en el moderno Derecho de Contratos.

La incorporación de esta nueva visión de la igualdad y la no discriminación al ámbito jurídico contractual, constituiría un logro para la modernización del Derecho de Contratos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en concordancia con las posiciones teóricas más avanzadas y las directivas más actuales de la comunidad europea, que resulta señera en esta temática. Pero, sobre todo, contribuiría a la protección de aquellas personas en situación de desventaja que no concurren a las relaciones jurídicas privadas en un verdadero plano de igualdad.

Las razones antes expuestas nos conducen a identificar los principales aspectos metodológicos de la investigación. En tal sentido, se propone el siguiente problema de investigación: Insuficiente regulación del principio de no discriminación en el moderno Derecho de Contratos del sistema jurídico ecuatoriano, que provoca asimetrías en las relaciones jurídicas contractuales en detrimento de personas que se encuentran en situación de desventaja o desigualdad.

En atención al problema de investigación se sostiene como hipótesis de la investigación que:

La formulación de bases teóricas para el desarrollo normativo del principio de no discriminación en el moderno Derecho de Contratos, contribuirá al efectivo desarrollo y protección de los derechos fundamentales en el sistema jurídico ecuatoriano.

Consecuentemente el objeto de la investigación es el principio de no discriminación; mientras que el campo de acción integra dicho principio de no discriminación en los contratos, particularmente en el sistema jurídico ecuatoriano.

Para desarrollar la investigación se trazaron los siguientes objetivos:

Como objetivo general:

Fundamentar las bases teóricas para la regulación del principio de no discriminación en el moderno Derecho de Contratos del sistema jurídico ecuatoriano.

Objetivos específicos:

- Sistematizar los principales fundamentos teóricos, que determinan la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, a partir de las concepciones doctrinales y elementos configuradores en torno al alcance, eficacia y protección jurídica de los derechos fundamentales.
- Caracterizar el derecho a la igualdad como derecho fundamental a partir de sus exigencias teóricas, su regulación constitucional y su tratamiento jurisprudencial en el sistema jurídico ecuatoriano.
- Analizar el contenido del principio de no discriminación como derecho fundamental reconocido en la Constitución de Ecuador, teniendo como presupuesto la valoración de su regulación jurídica en el ordenamiento comunitario europeo y el español.
- Valorar la regulación jurídica de la no discriminación en Ecuador, a partir de su proyección legal y jurisprudencial.
- Proponer las bases teóricas y normativas que sustentan la necesidad de incorporar el principio de no discriminación al moderno Derecho de Contratos en el sistema jurídico ecuatoriano, en correspondencia con los avances que en la materia exhibe el Derecho Europeo.

La metodología seguida en la investigación estuvo sustentada en los siguientes métodos de investigación: el Método Teórico- Jurídico se utilizó durante toda la investigación, permitiendo identificar las pautas teóricas para el estudio del derecho a la igualdad y la no discriminación como derechos fundamentales, así como los fundamentos teóricos que justifican su incorporación como normativa

obligatoria en los diferentes ordenamientos jurídicos, en especial el ecuatoriano; el método Análisis- síntesis; inducción y deducción: la combinación de estos métodos permitió estudiar la concepción del principio de igualdad y no discriminación reconocido en los diferentes ordenamientos jurídicos, desde una perspectiva constitucional, y su relación directa con el principio de igualdad en todas sus vertientes, así como su inclusión en el moderno Derecho de Contratos, con el fin de obtener los fundamentos teóricos del tema; el método de Derecho Comparado: la utilización de este método de investigación permitió realizar un estudio comparado de corte horizontal para analizar las principales regulaciones jurídicas del principio de igualdad y no discriminación en diferentes países, en aras de identificar las semejanzas y diferencias, determinar regularidades, y las directrices en cuanto al desarrollo normativo del tema de la no discriminación en todas las vertientes; así como el establecimiento de las principales tendencias en cuanto a la regulación del principio de no discriminación en el moderno Derecho de contratos. Bajo este método se realizó el estudio de las principales directivas y regulaciones jurídicas que ordenan el actual derecho comunitario europeo sobre la materia en Alemania y España, países que se escogen por resultar de avanzada en este ámbito, y que servirán de referente para el perfeccionamiento que se propone en el sistema jurídico ecuatoriano; el Método exegético analítico permitió precisar los aspectos gramaticales, teleológicos, históricos y sistemáticos de las normas que de forma directa o indirecta sirven de soporte normativo para lograr una adecuada regulación jurídica del principio de igualdad y no discriminación en el moderno Derecho de Contratos.

Las técnicas utilizadas fueron las siguientes: Por un lado el análisis de contenido: materializado a partir de la revisión y análisis de doctrina y normas jurídicas, devino un recurso cardinal para valorar cualitativamente, a partir de la realización de inferencias, el fundamento, configuración, interpretación y aplicación del principio de igualdad y no discriminación y su inclusión en el moderno Derecho de Contratos; y por otro, el Análisis de casos mediante el cual se realizó la revisión de casos que tenían como eje central el principio de igualdad y no discriminación, a partir de la consulta de sentencias, artículos y demás recursos informativos sobre diversos supuestos de violaciones antidiscriminatorias.

Como parte del diseño de la investigación fueron planificadas las siguientes etapas: delimitación del objeto de investigación y de sus objetivos; revisión bibliográfica y trabajo exploratorio con las fuentes de información en relación con el tema; elaboración del diseño metodológico; ejecución de la investigación; elaboración del informe final de la investigación.

Los principales aportes teóricos y prácticos de la investigación son los siguientes:

- Sistematización de los principales criterios doctrinales sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las teorías que fundamentan su contenido, así como su regulación en el sistema jurídico ecuatoriano.
- Determinación de los principales criterios doctrinales y normativos que argumentan la consideración del principio de no discriminación como derecho fundamental que se debe incorporar al moderno Derecho de Contratos, a partir de la regulación jurídica y el tratamiento jurisprudencial que ha tenido el tema en el ordenamiento comunitario y europeo.
- Propuesta de bases teóricas y normativas sobre las principales directivas que se deben introducir en el sistema jurídico ecuatoriano para lograr una adecuada aplicación del principio de no discriminación en el moderno Derecho de Contratos.
- Memoria científica contentiva de material bibliográfico actualizado con la más moderna doctrina sobre el nuevo derecho antidiscriminatorio y los temas afines a él.

CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS TEÓRICOS SOBRE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales se concibieron inicialmente para ser oponibles solo frente a los poderes públicos. Sin embargo, durante los últimos años, se ha experimentado un vertiginoso desarrollo de la normativa constitucional, donde se ha destacado el influjo del Tribunal Constitucional Federal alemán que reconoció, mediante la histórica sentencia del caso LÜTH, que los derechos fundamentales no despliegan su eficacia solo frente al poder del Estado como inicialmente fueron concebidos, sino que despliegan también una eficacia frente a los particulares.

En ese sentido, el presente capítulo tiene por objeto el análisis de los fundamentos teóricos sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, según predica la teoría de la *Drittwirkung*, para lo cual se han sistematizado las principales concepciones doctrinales y elementos configuradores en torno al alcance, eficacia y protección jurídica de los derechos fundamentales.

1.1. Los derechos fundamentales. Aproximación conceptual

La definición de los derechos fundamentales es un asunto que ha ocupado a teóricos del Derecho y constitucionalistas de todas las épocas. En primer lugar porque es, como se ha visto, una de las denominaciones más frecuentes para referirse a los derechos cuya titularidad corresponde a todos los hombres y mujeres, con fundamento en la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad y la justicia⁸. De ahí que lo que podría parecer una cuestión de estricta semántica, presente algunas complicaciones que trascienden al contenido. Al respecto, el

⁸ Vid. SAMPAIO ROSSI, Amelia, "Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: o estreitamento das fronteiras conceituais e a necessidade de um diálogo entre a órbita jurídica interna e internacional", en *Revista Opinión Jurídica*, No. 18, Vol. 37, Medellín, Julio-diciembre 2019, p. 220.

contrapunteo de esta noción ha estado marcado por su relación con el concepto de derechos humanos, del que ya hemos realizado las valoraciones oportunas.

La denominación alcanzó máxima difusión luego de la II Guerra Mundial, época en la fue acogida por varias cartas magnas como la Constitución de la República Portuguesa de 1976⁹, la Constitución española de 1978, y otras del ámbito latinoamericano, donde todavía fue empleado en textos relativamente jóvenes¹⁰.

El término “derechos fundamentales” ha sido utilizado con mayor insistencia para los derechos humanos constitucionalizados¹¹. Sin embargo, se registran dos formas comunes en las que suele ser empleado. La primera como sinónimo de derechos humanos¹², cuyo ejemplo normativo paradigmático es la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, sobre lo que no se realizarán nuevos comentarios.

La segunda manera en la que se emplea el término, realiza algunas acotaciones al hecho de que si bien los derechos fundamentales son derechos humanos, estos deben tener expresión o amparo normativo en la Constitución del Estado nacional de que se trate¹³. Con esta afirmación se abre paso a tres elementos

⁹ Vid. MACHETE, Rui, “Los principios estructurales de la Constitución y la revisión constitucional en Portugal”, en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, No. 60-61, Madrid, abril-septiembre 1988, p. 919.

¹⁰ Vid. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Legal Publishing, Santiago de Chile 2008, p. 47. Dan testimonio las siguientes constituciones: Constitución Política de la República de Panamá de 1972, Reformada por los Actos Reformatorios de 1978, el Acto Constitucional de 1983 y los Actos Legislativos de 1994, Aprobada por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, Panamá, 11 de octubre de 1972, Título III, Capítulo 1º; la Constitución de la República Federativa del Brasil, Aprobada por el Congreso Constituyente, Brasilia, 5 de octubre de 1988, Título II; la Constitución Política de Colombia de 1991, Título II, Capítulo I; la Constitución Política del Perú, Aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, Lima, 29 de diciembre de 1993, Título I, Capítulo I; la Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia de 2009, Título II, Capítulo Segundo; Constitución Política de la República Dominicana de 2010, Título II, Capítulo I.

¹¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... cit.*, p. 47; FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 117.

¹² Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 5; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*, editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 47; CARRILLO, Marc, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 25; FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México DF., 2000, pp. 411; LANDA ARROYO, César, *Constitución y fuentes del Derecho*, editorial Palestra, Lima, 2006, p. 205; DIEZ-PICAZO, Luis María, “Aproximación a la idea de los derechos fundamentales”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, No. 2, Lima, 2000, pp. 225 y 226.

¹³ Este es el mismo criterio compartido por ROBLES, quien ha considerado que los derechos humanos o derechos del hombre, entendidos como naturales, y en la actualidad como morales,

diferenciadores importantes. En primer término, para ser fundamental un derecho humano tiene que estar positivado o recibir amparo en la Constitución y, *ergo*, en segundo lugar, no todo derecho humano es un derecho fundamental¹⁴. La tercera cuestión está en el orden de quiénes son acreedores de la titularidad. Es decir, si los derechos fundamentales solo existen en el ámbito territorial de un Estado nacional, entonces solo son atribuibles a los ciudadanos de ese país y a los extranjeros, según lo establezca el ordenamiento jurídico interno¹⁵.

Consecuentemente, no son derechos fundamentales aquellos incluidos en las declaraciones de derecho internacional que no encuentren amparo o reconocimiento directo en los ordenamientos jurídicos de los diferentes países¹⁶. Lo cual puede llevar a la cuestionable afirmación de que los derechos humanos constituyen principios morales y éticos que no tienen eficacia jurídica¹⁷.

Los tres elementos diferenciadores antes aludidos hacen que la noción de derechos fundamentales se vincule con la definición y estructura de los derechos

no son auténticos derechos cuando se protegen mediante una acción procesal del juez, sino, criterios morales que sirven de fundamento para la convivencia humana, y que una vez que son positivados, adquieren la categoría de verdaderos derechos fundamentales. Finalmente, su opinión es que los derechos fundamentales son derechos humanos positivados. Otros como RIVERA SANTIBÁÑEZ y CEA EGAÑA consideran ambos términos como equivalentes, con la excepción de que los derechos humanos se encuentran bajo la vigilancia y sanción de las organizaciones supraestatales, ya sea a nivel regional o internacional, en tanto los derechos fundamentales estarían vigilados por la normativa interna de cada Estado. *Cfr.* ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 20 y ss; RIVERA SANTIBÁÑEZ, José Antonio, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, editorial Kipus, Cochabamba, 2007, p. 121; CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías*, Universidad católica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 31.

¹⁴ *Vid.* RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Vol. III, 3ra Edición, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 1089; y DEL CANTO RIVERA, Nicole, "Derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Entre la pesadilla y el noble sueño", en *Estudios Constitucionales*, Año 17, No. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Talca, 2019, p. 168.

¹⁵ GARCÍA-SAN MIGUEL RODRÍGUEZ, Luis, "Qué son los derechos humanos", en *Revista Derechos y Libertades*, Año 1, No. 2, Madrid, octubre- marzo 1993, p. 262.

¹⁶ *Vid.* GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, *Derechos fundamentales y estado social y democrático de Derecho*, Diles, Madrid, 2007, pp. 18-25; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales... cit.*, p. 46; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, "Los derechos fundamentales en la historia. Una aproximación a su origen y fundamento en Estado constitucional", AA.VV., *Derechos humanos, Justicia y Vida universitaria, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, FIX-FIERRO, Héctor, (Coords), Tomo V, Vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF., 2015, p. 582.

¹⁷ NINO, Carlos Santiago, "El concepto de derechos humanos" en *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 23.

subjetivos. Razonamiento que los equipara con una situación de poder jurídico que se reconoce y protege por el ordenamiento jurídico, compuesta por facultades unitariamente agrupadas, que se atribuyen a su titular para la satisfacción de determinados intereses abstractamente considerados, dejando al arbitrio de este su ejercicio y defensa. Así, el concepto de derecho subjetivo se utiliza para individualizar a las principales situaciones jurídicas de poder¹⁸.

En esta dirección, FERRAJOLI propone una definición formal, afirmando que derechos fundamentales “son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”¹⁹.

Vistos así, implican una relación jurídica compleja en la que hay un sujeto con potestades y otro u otros con deberes. Esto hace suponer la existencia de una norma jurídica que concede el estatus y la garantía a ese sujeto, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de facultades o poderes en situaciones jurídicas o autor de los actos que resultan del ejercicio de estas²⁰. He aquí uno de los puntos cardinales de la individualización o distinción de los derechos fundamentales. Ellos son facultades ejercitables amparadas en las normas constitutivas de un Estado que está obligado a hacerlas cumplir²¹.

Así, quedan planteadas las dimensiones en las que debe entenderse su existencia, una objetiva y otra subjetiva. Desde una perspectiva objetiva, los derechos fundamentales se identifican con el sistema normativo de protección

¹⁸ Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. español Ernesto Garzón Valdés... cit., pp. 173-185; FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, AA.VV., *Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli*, editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 19; “Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, en *Revista internacional Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 20, Madrid, 1997, p. 240; VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “La relación jurídica civil. Concepto y contenido”, en VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (coordinadora), *Derecho Civil. Parte General*, 1a ed., Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 90 y 91.

¹⁹ Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, editorial Trotta S.A., Madrid, 1997, p. 37; “Los fundamentos de los derechos...”, cit., p. 19; “Sobre los derechos fundamentales...”, cit., pp. 116 y 117.

²⁰ Vid. DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo Antonio, “Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales en la Teoría de L. Ferrajoli”, en *Opinión Jurídica*, Vol. 6, No. 12, Universidad de Medellín, julio-diciembre 2007, p. 191; CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno... cit.*, p. 221.

²¹ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 31ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2016, p. 575; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Los derechos fundamentales en la historia...”, cit., pp. 579 y ss.

de la dignidad humana que confiere un derecho subjetivo: la norma que avala la existencia del derecho. Como afirma ALEXY²², las disposiciones que consagran los derechos fundamentales tienen el rango más alto en el ordenamiento jurídico, y tienen la máxima fuerza jurídica, en tanto son verdaderas normas jurídicas y no meras aspiraciones políticas. Por su parte, desde lo subjetivo, como se ha explicado, son un conjunto de facultades y atribuciones que tiene toda persona para desarrollarse plenamente y que tienen respaldo en la norma jurídica²³.

Consecuentemente, el titular de los derechos estará facultado para exigir el cumplimiento de la previsión normativa, y para ello, podrá hacer uso de los mecanismos correspondientes, en aras de obtener la protección de los derechos, y, en caso necesario, la reparación por el menoscabo sufrido. Esta conjunción de justicia y fuerza, en tanto el reconocimiento de la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad humana, implica asumir la coercibilidad para garantizar su cumplimiento frente a particulares y Estado²⁴, dota a estos derechos subjetivos de una proyección pública²⁵; pues atribuyen facultades a sus titulares frente a los sujetos privados y los poderes públicos, quienes como obligados y garantes, deben respetar la libre actuación de los ciudadanos, facilitar su participación, o realizar determinadas prestaciones. De modo que su

²² ALEXY, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 33-35.

²³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. español Ernesto Garzón Valdés... *cit.*, pp. 62-73 y 173-185; BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos de derechos fundamentales*, Baden Baden, Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993, p. 57; FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales y garantía...", *cit.*, p.19; "Expectativas y garantías. Primeras tesis...", *cit.*, p. 240-247.

²⁴ *Vid.* ANZURES-GURRÍA, José Juan, "La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en México", en *Díkaion Revista de Fundamentación Jurídica*, Vol. 26, No. 1, Universidad de la Sabana, Sabana Centro, enero-junio 2017, p. 57.

²⁵ *Vid.* JELLINEK, Georg, "Sistema dei diritti pubblici subbiettivi"; *traduzione italiana riveduta dall'autore dela seconda edizione tedesca con note dell'avv*, Gaetano Vitagliano e prefazione del Prof. Vittorio Emmanuele Orlando, Società Editrice Libreria, Milán, 1912, p. 98; FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías...* *cit.*, p. 37; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...* *cit.*, p. 247; HESSE, Konrad "Significado de los derechos fundamentales", en Manual de Derecho Constitucional, editorial Marcial Pons, segunda edición, Madrid, 2001, p. 87; HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 13; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José, "Los derechos fundamentales en la Constitución española", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 105, Madrid, julio-septiembre 1999, p. 11; DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Curso de direito Constitucional*, 5ª edição, editora Juspodium, Salvador- Bahía, 2011, p. 577.

reconocimiento no es un asunto de mera trascendencia para el orden privado, sino para todo el sistema jurídico²⁶.

Por su parte, estos derechos subjetivos cualificados, al estar reconocidos en normas jurídicas supremas, devienen en criterios de medida que proporcionan validez a la creación, interpretación y aplicación de otras normas del derecho infraconstitucional²⁷. Y, en ese mismo orden, pueden ser considerados la conquista más importante del constitucionalismo contemporáneo desde su dimensión formal, porque son derechos atribuibles a todos los ciudadanos²⁸.

Similar posición comparte PÉREZ LUÑO²⁹, para quien los derechos fundamentales encuentran su base en el constitucionalismo contemporáneo, el que, sin ellos, no tendría razón de ser. El fundamento de este criterio se basa en el hecho de que los derechos fundamentales necesitan del Estado para su plena realización, y a su vez, el Estado tiene la obligación de garantizar su respeto para considerarse un verdadero Estado democrático de derecho.

En ese sentido, los derechos fundamentales tienen dos dimensiones; por un lado constituyen el resultado de las diferentes fuerzas sociales que legitima al Estado

²⁶ Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", en *Ius et Praxis*, Vol. 11, No. 2, Universidad de Talca, Talca, 2005, p. 17.

²⁷ El ordenamiento jurídico tiene la estructura de escalones de normas supra y subordinadas, donde la norma suprema que emana de la Constitución es el fundamento para la elaboración del nivel inferior. Vid. HANS, Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de la segunda edición en alemán, por VERNENGO, Roberto J., Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 1982, p. 338. Teniendo como presupuesto el principio de supremacía constitucional, en el artículo 426 de la Constitución ecuatoriana se establece que las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las disposiciones normativas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Además de ello, los jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las disposiciones normativas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Vid. RUIZ GUZMÁN, Alfredo; Pamela Juliana AGUIRRE CASTRO y Dayana Fernanda ÁVILA BENAVIDEZ, *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional (Periodo noviembre de 2012-noviembre de 2015)*, Jurisprudencia constitucional No. 7, Corte Constitucional del Ecuador, Secretaría Técnica Jurisdiccional, Quito, 2016, pp. 24 y 25 y VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, "La justicia constitucional ecuatoriana en la Constitución de 2008", en *Revista Iuris Dictio*, Vol. 8, No. 12, Quito, 2009, pp. 41 y 42.

²⁸ SUÁREZ-RODRÍGUEZ, José Julián, "Sobre el problema del fundamento de los derechos fundamentales: una propuesta alternativa", en *Dikaion*, Vol. 25, No. 1, Cundinamarca, junio, 2016, p. 8.

²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 67.

de derecho porque constituye el presupuesto de la sociedad democrática; y por otro, representan el status jurídico de los individuos en su relación con el Estado y entre ellos de igual forma.

De esta forma, no puede negarse que los derechos fundamentales gozarán de mayor tutela si existe un mayor Estado de derecho, pues mientras menos consolidado esté el mismo, menor será la tutela de estos derechos. No obstante, aunque exista un Estado de derecho en el que se reconozcan plenamente los derechos fundamentales, ello no garantiza que puedan ser violados por terceras personas y no precisamente por la autoridad.

Los derechos fundamentales como principios y valores del ordenamiento constitucional no se consideran solamente postulados programáticos, sino que son entendidos como verdaderas normas jurídicas positivas que imponen determinadas conductas.

Por tanto, los derechos fundamentales no sólo articulan derechos subjetivos de las personas, sino que garantizan principios básicos del orden constitucional. Entre ellos el principio democrático, la seguridad jurídica, la supremacía constitucional, la igualdad, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico³⁰. De allí que representen un eje transversal que nutre todas las ramas del orden legal, cumpliendo no solo la función de garantizar un núcleo esencial de la libertad, la igualdad y la solidaridad humana; sino que también legitiman e imponen al Estado la obligación de establecer un diseño de garantías que incluya mecanismos coactivos para exigir su cumplimiento, los cuales fomentarán la creación de un entorno adecuado para el desarrollo y consolidación de la personalidad³¹.

Otra de las cuestiones asociadas a la concepción de fundamentales, a la directa protección constitucional, revela el lugar privilegiado que dichos derechos

³⁰ DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, "La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional", *Ius et Praxis*, Vol. 8, No. 2, Universidad de Talca, Talca, 2002, pp. 179 y 180; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2003, p. 54.

³¹ *Vid.* RODRÍGUEZ, Jorge, *Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 1; DURAN RIBERA, Willman Ruperto, "La protección de los derechos fundamentales...", *cit.*, p. 181.

poseen en el ordenamiento, poniendo de manifiesto su naturaleza especial, y su consideración como elemento básico y preeminente frente a la naturaleza ordinaria que poseen los demás derechos subjetivos. Además, su propio enfoque tiene una significación precisa, referida a las facultades ejercitables por el individuo de un modo efectivo y a los que el ordenamiento jurídico les brinda protección en caso de amenaza o violación³².

Sin embargo, no hay dudas que este término ofrece un enfoque restrictivo, al justificar una lista determinada de derechos que se consideran esenciales para el desarrollo del ciudadano desde un cierto contexto ideológico. De este modo, lo que puede resultar un banal problema de nomenclatura termina por convertirse en asunto medular. La cuestión es tan significativa porque se puede llegar a considerar como fundamentales los derechos incluidos dentro de determinado título o capítulo, dejando una peligrosa brecha para la exclusión del sistema de garantías especiales que ofrece la ley de leyes a otros derechos que no están bajo ese rótulo. Téngase en cuenta que algunas constituciones, como la de Colombia, ubican bajo el nombre de fundamentales a los derechos civiles y políticos³³.

En consecuencia, es importante que en toda conceptualización que implique el término derechos fundamentales, se eviten las interpretaciones restrictivas, concediéndoles tal categoría a todos los derechos humanos constitucionalizados, sin importar el título o capítulo en el que se ubiquen, los cuales deben poseer eficacia directa, y aunque no estén desarrollados en leyes ordinarias, deben vincular a todos los poderes del Estado, y deben gozar de todas las garantías normativas, jurisdiccionales y no jurisdiccionales que la Carta Magna disponga³⁴.

En Ecuador, los derechos fundamentales, desde la teoría del derecho positivo³⁵, son aquellos valores o cualidades esenciales del ser humano, aquellos que nos

³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos fundamentales... cit.*, p. 66.

³³ Constitución Política de Colombia de 1991.

³⁴ CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, "El Sistema de Garantías de los Derechos Humanos en Cuba", *Tesis en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1999, pp. 71-74.

³⁵ *Vid.* BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge, "Los derechos y garantías constitucionales en Ecuador", BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y ESCUDERO SOLIZ, Jhoel (Coordinadores), en *Manual de justicia*

pertencen por el solo hecho de ser personas, y que por tanto, son objeto de protección jurídica por su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico-político del Estado de Derecho, en tanto, son reconocidos y garantizados por la Constitución del Ecuador, como fundamento a los demás derechos y libertades. Sin embargo, la Constitución del Ecuador, teniendo en cuenta la filosofía del constituyente ecuatoriano, no define la categoría derechos fundamentales, bajo el argumento de que ello significaría establecer una jerarquía entre los derechos constitucionales que en ella se reconocen, cuando todos deben gozar de igual consideración. Por ende, todos los derechos reconocidos en la Constitución de Ecuador son tan fundamentales, como aquellos que han pertenecido desde sus inicios a esta categoría.

En este caso, la Asamblea Constituyente consideró necesario eliminar la mención a los derechos fundamentales en la Carta constitucional y, por consiguiente, asumió una posición flexible, en la cual gozan de protección constitucional todos los derechos inherentes a la persona humana, con independencia de su consagración o no en la Constitución. En todo caso, la determinación de cuáles son los derechos constitucionales, o reconocidos en la Constitución, será responsabilidad de la justicia constitucional, mediante los diferentes mecanismos de interpretación³⁶.

En suma, para el constituyente de Montecristi, ni la naturaleza prestacional de los derechos, ni su falta de universalidad constituyen argumentos suficientes para negar el carácter de derechos constitucionales garantizados. Por ende, la determinación del carácter fundamental de un derecho, es, entonces, una tarea

constitucional ecuatoriana, Cuadernos de Trabajo No. 4, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2013, p. 74 y CHIRIBOGA ZAMBRANO, Galo y Hernán SALGADO PESANTES, *Derechos Fundamentales en la Constitución ecuatoriana*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, ILDIS, Quito, noviembre 1995, p. 20; SILVA PORTERO, Carolina, "La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana" en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian COURTIS Y RAMIRO ÁVILA SANTA MARÍA (editores), Serie de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 585.

³⁶ Vid. MONTAÑA PINTO, Juan, "La Constitución como fuente directa del derecho", en *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Perspectiva comparada*, Nuevo Derecho Ecuatoriano No. 2, Corte Constitucional para el período de transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, octubre 2012, pp. 85 y 86.

tópica, que se hace en cada caso concreto acudiendo a uno de los postulados generales del Estado constitucional de derechos³⁷.

Sin embargo, la jurisprudencia ecuatoriana hace alusión de forma reiterada a la categoría “derechos fundamentales”, lo que evidencia un fuerte apego a un término excluido de la Carta Magna de 2008. Pues de la revisión exhaustiva del texto puede apreciarse que lo que se menciona son los derechos que en ella se reconocen, entendiéndose por estos los derechos constitucionales que, como ya se ha dicho antes, son todos los derechos humanos amparados por la Ley de Leyes sin distinción ni jerarquía³⁸.

Para ejemplificar con un poco más de amplitud este tema, se hará alusión al uso de la categoría derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana de transición, la que, en varias de sus sentencias, ha utilizado la definición “derechos fundamentales” desde cuatro vertientes diferentes³⁹:

1. Cuando se utiliza el término derechos fundamentales para referirse a todas las clases de derechos y garantías establecidos en la Constitución.

En este caso, se esgrimen indistintamente diferentes denominaciones para referirse a los derechos, utilizando como definición más usual el término derechos fundamentales, y paralelamente el término derechos constitucionales o derechos humanos.

Sentencia No. 0001-08-EE⁴⁰:

(...) En cuanto a la proporcionalidad de la limitación de los derechos fundamentales, es necesario reiterar que en un plano teórico el Estado tiene la obligación jurídica de reconocer y garantizar en toda circunstancia de tiempo y de lugar, ciertos derechos y sus garantías, ya que el simple reconocimiento de los derechos sin aquellas no tiene sentido. La restricción de ciertos derechos humanos, debe ser entonces estar justificada y ser limitada y guardar estricta

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Vid.* ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Pensamiento Jurídico Contemporáneo, No. 1, Corte Constitucional para el período de transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012, p. 142.

³⁹ Para esta explicación: *Vid.* SIMON CAMPAÑA, Farith Ricardo, “La noción derechos fundamentales en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser derecho constitucional)”, en *Revista Juris dictio*, Año 10. Vol. 13, Quito, 2010, pp. 10-16.

⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0001-08-EE, 5 de diciembre del 2008.

relación con los motivos o causas que lo originan y que sean oportunas, es decir que no debe existir otra alternativa para cumplir el fin.

Sentencia No. 027-09-AN6⁴¹:

(...) Con el surgimiento del neo-constitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los derechos fundamentales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental, como un órgano especializado que coadyuva a que nazca, crezca y se consolide el Estado Constitucional de Derechos, donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, para que todos los derechos sean para todas las personas y los pueblos. La Corte Constitucional se encarga de la tutela de todos los derechos humanos y garantiza su efectiva vigencia y práctica, simplemente porque sin derechos humanos, efectivamente protegidos, no existe democracia y tampoco puede existir constitucionalidad moderna...

Sentencia No. 0007-09-IS⁴²:

(...) Los Derechos Constitucionales son también los derechos fundamentales acogidos en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que, sin estar reconocidos en el texto constitucional, son de estricto cumplimiento por parte del Estado que los acoge y además se encuentran en el mismo rango que la Constitución (...).

Como es de apreciar, en este caso, la Corte se afilia al primer enfoque de los derechos fundamentales, es decir, aquel que establece una sinonimia con los derechos humanos. De igual modo, cuando introduce la categoría “derechos constitucionales”, se refiere a todos los amparados por el texto Magno. Este enfoque merece una consideración positiva porque prioriza la tutela y evita disquisiciones teóricas improductivas que limitan el garantismo que debe primar hacia los derechos en un Estado democrático.

2. Como categoría más limitada y diferente a los “derechos constitucionales”.

En el período de transición de la Corte, en el que se utilizó solamente la categoría derechos fundamentales, se establecieron numerosos fallos con el uso de la categoría derechos constitucionales, bajo el fundamento de la existencia de un número más amplio de derechos que pueden englobarse en la categoría derechos fundamentales⁴³.

Sentencia No. 0290-09-EP⁴⁴ de 13 de enero del 2010

⁴¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 027-09-AN6, 9 de diciembre de 2009.

⁴² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0007-09-IS, 8 de octubre del 2009.

⁴³ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009; Sentencia No. 0050-08-EP de 19 de mayo del 2009; Sentencia No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009.

⁴⁴ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0290-09-EP de 13 de enero del 2010.

Así: ...la acción extraordinaria de protección pretende amparar los derechos que nos asisten a las personas, derechos que emanan de una visión amplia que no se limitan exclusivamente a derechos fundamentales, sino que, en concordancia con las tendencias modernas del constitucionalismo, lejos de competir unos derechos con otros, siguiendo una suerte de “darwinismo jurídico”, lo que se pretende es que todos los derechos constitucionales sean protegidos por esta acción.

La Corte excluye la visión restrictiva y perjudicial de la noción derechos fundamentales, y lo más importante, es que lo hace a modo de *oviter dicta*. Asume de esta manera una visión integral, en la que prima la consideración de igualdad de todos los derechos, sin importar donde estén ubicados dentro de la constitución. Al evitar la jerarquía de los derechos, genera la dinámica favorable en torno al alcance de las garantías de estos, permitiendo que sean activadas para la protección de cualquiera que este fuera.

3. Como categoría diferente pero complementaria de los derechos constitucionales.

En este caso, aunque en el cuerpo de las sentencias no se establecen las diferencias entre los derechos fundamentales y los constitucionales, son considerados términos diferentes, pero en todo caso complementarios.

Sentencia No. 0007-09-IS⁴⁵

(...) El derecho a la salud como “derecho fundamental e integral”, no puede ser negado bajo ninguna circunstancia porque se pueden violar otros “derechos fundamentales” (...). Con ello se adquiere un compromiso en el respeto de los “derechos fundamentales y constitucionales”, y el establecimiento de limitaciones al acceso a programas de salud pueden “violentar otros tipos de derechos fundamentales o constitucionales”.

Si bien no queda clara la idea de “derechos fundamentales” que acoge la Corte en esta sentencia, si queda muy despejado el hecho de que asume un punto de vista restrictivo y potencialmente perjudicial. Si como dice el Tribunal, hay derechos fundamentales y constitucionales, quiere decir también que hay derechos con máximo nivel de garantía y otros que no gozan de igual estatus, una suerte de príncipes y mendigos, unos derechos más importantes que otros.

En tal sentido, parece que los derechos constitucionales son una categoría genérica, en la que caben todos los derechos incluidos en el texto constitucional.

⁴⁵ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0007-09-IS de fecha 8 de octubre del 2009.

Este punto añade un nivel más alto de ambigüedad a la infeliz dicotomía entre derechos humanos y derechos fundamentales.

Asumiendo la terminología de derechos constitucionales en sentido estricto, se diseccionan los derechos constitucionalizados en dos: unos fundamentales y otros que no lo son. Si la idea de derecho fundamental que estima la Corte es la de derechos humanos que asume la Convención de 1948, el problema es mucho mayor porque se produce una insufrible superposición de conceptos que nada aporta al necesario enfoque garantista que debe primar en materia de derechos. Además, si este fuera el caso, se estaría yendo contra el propio fundamento de los derechos, que justifica la existencia de estos en la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

4. Como una categoría diferenciada de derechos.

Ante este supuesto, la Corte diferencia la categoría derechos fundamentales de otros derechos, como por ejemplo los derechos patrimoniales, en especial el derecho de propiedad y posesión, alegando que este último no puede ser ventilado por vía constitucional.

Sentencia No. 0177-09-EP14⁴⁶

A la luz del escenario expuesto, el tema medular se circunscribe a un asunto eminentemente patrimonial, el cual se pone en marcha en pos de un reclamo de daños y perjuicios y en donde el núcleo central u objeto mismo de la discusión se centra en la disputa de un bien inmueble; en este marco, corresponde analizar si la disputa por un bien inmueble, como se evidencia en este caso, es o no un derecho fundamental (...) Así analizados y entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, se colige que en el presente caso, debido a que se trata de un derecho patrimonial, el derecho de propiedad resulta ser el núcleo central de la demanda en cuestión sin que se evidencie violación de derechos constitucionales.

La posición asumida en el extracto de la sentencia anterior, no quiere decir que la Corte Constitucional no haya reconocido en otros fallos el derecho de propiedad, pues en otras sentencias ha considerado el derecho de propiedad como derecho constitucional⁴⁷.

⁴⁶ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0177-09-EP14, 13 de agosto del 2009.

⁴⁷ En este caso, la sentencia No. 0041-09-EP refiere que: “el incumplimiento de las normas del debido proceso y a la tutela judicial efectiva ha afectado directamente la cuantificación del justo precio a consignar por concepto del bien inmueble objeto de la expropiación, lo que, a nuestro

La posición denota una gran vacilación y ausencia de claridad en cuanto al fundamento que debía manejarse. El hecho de que un derecho pueda encuadrar en varias categorías o criterios clasificatorios, no le niega una determinada cualidad. Como bien se sabe, el derecho de propiedad es el principal derecho patrimonial, proveedor de ingresos o bienestar económico, asociado a la cuantificación dineraria. Sin embargo, no por ello deja de ser un derecho fundamental, humano, o constitucional, según se le prefiera nombrar. La posesión de bienes y recursos en una medida que no sea desproporcionada y contraria a los fines de una sociedad equitativa y equilibrada, genera bienestar en las personas; contribuye a la satisfacción de las necesidades vitales de los ciudadanos, y es garantía de un adecuado desarrollo de la personalidad.

La posesión en propiedad de ciertos bienes, en las cantidades suficientes, proporciona dignidad, libertad, igualdad y genera solidaridad entre los sujetos. El hecho de que deban establecerse límites al número o cuantía de la propiedad para evitar el egoísmo, la monopolización de los recursos y la pobreza de las grandes mayorías, no es razón para negarle la condición de derecho humano o fundamental⁴⁸.

En conclusión, los derechos que se enuncian en la Constitución de Ecuador⁴⁹, fruto de un largo proceso de cambios en la estructura institucional del Estado, iniciado en septiembre de 2007 y aprobado mediante referéndum el 10 de octubre de 2008, son desarrollados a lo largo de todo el texto constitucional, en el que se enarbó por primera vez el concepto y la filosofía del buen vivir como una pieza clave en la definición ideológica que orienta el marco constitucional de la gestión pública, presente desde el preámbulo del texto, cuya relevancia ha

criterio, atenta contra el derecho de propiedad y la amenaza de cometerse una injusticia; consecuentemente, convertir a la figura de la expropiación en una confiscación que prohíbe la Constitución". *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0041-09-EP, 24 de febrero de 2010.

⁴⁸ *Apud.* SIMÓN CAMPAÑA, Farith, "La noción derechos fundamentales...", *cit.*, pp. 27-29.

⁴⁹ *Cfr.* ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Los derechos y sus garantías...* *cit.*, pp. 99-101; MELO CEVALLOS, Mario, "Los Derechos Indígenas en la Nueva Constitución", en PABLO AGUILAR, Juan, *et. al.*, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano, Serie Investigación No. 14, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Quito, julio 2009, pp. 100 y 101; CASTRO RIERA, Carlos, "Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008", en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Agustín GRIJALVA JIMÉNEZ y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 111.

permitido enmarcar el capítulo referido a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a los que el texto constitucional propuesto se refiere como “Los derechos del Buen Vivir”.

Esta filosofía del Buen Vivir, en su mayoría integraban los denominados “derechos sociales” reconocidos en la Constitución de 1998⁵⁰. En la Constitución de Montecristi, sin embargo, se enarbolan como directriz y premisa de los individuos y las colectividades para construir una sociedad mejor, entiéndase, plural, justa, incluyente, en armonía con la naturaleza⁵¹.

Como se ha puesto de relieve, mediante esta cosmovisión, se materializó un principio constitucional de especial importancia, el buen vivir o *sumak kawsay*⁵², entendido como el conjunto de valores que dan sentido a la existencia en el plano individual y colectivo, vinculándolo con el goce efectivo de los derechos, la interculturalidad, las diversidades y la armonía con la naturaleza, a partir del cual se reconocieron derechos y garantías de orden social, económica, ambiental y política; los que serán en definitiva, los derechos constitucionales reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano⁵³, y en consecuencia, responderán a su

⁵⁰ Constitución Política de la República Del Ecuador, Decreto Legislativo 000, Registro Oficial No. 1, Aprobada por la Asamblea Constituyente, 11 de agosto de 1998.

⁵¹ Vid. GALIANO MARITAN, Grisel y Gabriela TAMAYO SANTANA, “Análisis constitucional de los derechos personalísimos y su relación con los derechos del buen vivir en la Constitución de Ecuador”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 34, Bogotá, enero-junio 2018, p. 140; SILVA PORTERO, Carolina, “Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección”, en Christian COURTIS y Ramiro ÁVILA SANTA MARÍA (editores), *La protección judicial de los derechos sociales*, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 580.

⁵² Cfr. DÁVALOS, Pablo, “El *Sumak Kawsay* (Buen vivir) y las censuras del desarrollo”, en *Boletín ICCI Ary-Rimay*, Año 10, No. 110, Quito, mayo 2008, p. 13.

⁵³ De esta forma, los derechos que en la Constitución ecuatoriana tienen rango de derechos fundamentales son aquellos reconocidos en el Título II, titulado “Derechos”, capítulo segundo, denominados “Derechos del Buen vivir”, entre los que se encuentran: Agua y alimentación (sección primera); Ambiente sano (sección segunda); Comunicación e información (sección tercera); Cultura y Ciencia (sección cuarta); Educación (sección quinta); Hábitat y vivienda (sección sexta); Salud (sección séptima); Trabajo y seguridad social (sección octava). Dentro del capítulo tercero “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria” se reconocen los derechos de las personas adultas y adultos mayores (sección primera); derechos de los jóvenes (sección segunda); derechos de los jóvenes (sección tercera); derechos derivados de la Movilidad Humana (sección tercera); derecho de las mujeres embarazadas (sección cuarta); derechos de los niños y adolescentes (sección quinta); derecho de las personas con discapacidad (sección sexta); derecho de las personas con enfermedades catastróficas (sección séptima); derechos de las Personas privadas de libertad (sección octava); derecho de las Personas usuarias y consumidoras (sección novena). En el capítulo cuarto se reconocen los Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; en el capítulo quinto los Derechos de participación; en el capítulo sexto los Derechos de libertad; en el capítulo séptimo los Derechos

carácter básico o fundamentador del sistema jurídico-político del Estado de Derecho, convirtiéndose en el fundamento de los demás derechos y libertades.

1.2. Las garantías a los derechos fundamentales: una necesidad de cara a su eficacia

Los derechos fundamentales son, en esencia, derechos de carácter público⁵⁴. Su condición le viene doblemente impuesta: por el cauce normativo utilizado para concebirlos, que no es otro que la ley fundamental de un país, la Constitución; y por el carácter e importancia de los derechos que reconoce, a todas luces los más trascendentales de un ordenamiento jurídico⁵⁵.

Que sean calificados como fundamentales implica en primer lugar, especial protección y el establecimiento de garantías jurídicas, legales y materiales que involucren a los poderes del Estado. En consecuencia, inmiscuyen en su dinámica, en su eventual vulneración, en el sistema de responsabilidad, en definitiva, en su tutela, al Estado. Por eso también constituyen derechos públicos. Sin embargo, este apoderamiento que la Constitución propicia para que las personas puedan hacer valer sus derechos e intereses, satisfacer sus más apremiantes necesidades y cumplir sus expectativas, otorga a los titulares de derechos fundamentales un haz de facultades, suficiente como para atacar desde la supremacía constitucional, cualquier acción u omisión ilegítima que atente contra el disfrute de los mismos, provenga de los poderes públicos o de los particulares.

Oportuno resulta destacar que la noción de los derechos fundamentales históricamente se ha destinado a las relaciones entre los particulares y el Estado, excluyendo las relaciones entre particulares. Sin embargo, este criterio con el tiempo ha variado. Ya no resulta tan obvio que solo el Estado constituye el sujeto

de la naturaleza; y en el capítulo octavo los Derechos de protección. Constitución de la República del Ecuador de 2008.

⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre los derechos fundamentales*, editorial Debate, Madrid, 1990, p. 80.

⁵⁵ Vid. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "Derechos fundamentales-derechos humanos ¿Una distinción válida en el siglo XXI?", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, Volumen 43, México DF., 2010, p. 69.

pasivo en estos derechos subjetivos, sino que también los particulares pueden resultar constreñidos, ampliándose así el ámbito de aplicación de aquellos⁵⁶.

En resumen, el elemento diferenciador más aludido en relación con los derechos humanos, es el sistema de garantías, pieza clave de los derechos fundamentales. Frecuentemente comparten objetos de protección, pero al quedar consagrados en las constituciones, su reconocimiento va seguido de acciones y procedimientos tendientes a su materialización y salvaguarda, así como de disposiciones normativas de rango inferior que consolidan y activan la protección de los mismos. Los derechos fundamentales son expresión de las principales prerrogativas que reconoce el Estado a los ciudadanos, de los derechos esenciales de las personas, de las libertades, facultades y poderes que se les atribuyen en los órdenes personal, colectivo, social, económico y político.

De allí que, por la importancia atribuida a los derechos fundamentales por los estados constitucionales, en casi todos los ordenamientos jurídicos existen regulaciones normativas específicas que garantizan su protección e inviolabilidad⁵⁷. Por ejemplo, el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn instituyó: “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. De igual forma el artículo 53 de la Constitución de España en el numeral 1 dispone “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades”⁵⁸. Y, por último, la Constitución de Ecuador en su artículo 11, numeral 4 establece: “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”⁵⁹.

⁵⁶ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, “El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 1, Alicante, 2006, p. 291.

⁵⁷ La garantía del contenido esencial de los derechos procede del constitucionalismo alemán. *Vid.* HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial... cit.*, p. 203.

⁵⁸ Si realizamos una comparación de la norma constitucional alemana con la española, se puede decir, que en el caso de Alemania no existe ninguna habilitación genérica a favor de la ley, mientras que, en España, se autoriza a que la ley pueda inmiscuirse en todos los derechos, prescindiendo de que exista una remisión específica en la propia Constitución. De igual forma, en el modelo alemán la cláusula está considerada solo para leyes limitadoras derechos, sin embargo, en España, se extiende a cualquier intervención por parte del legislador. *Vid.* PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 230.

⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador de 2008.

El reconocimiento de los derechos fundamentales en los diferentes ordenamientos jurídicos constitucionales se hace efectivo mediante la utilización de diversos mecanismos jurídicos que se configuran como elementos indispensables para su real protección y eficacia jurídica. Mecanismos de protección que, unido a la consagración constitucional de los derechos, garantizan en el nuevo texto constitucional, el complejo entramado de garantías de los derechos.

No puede hablarse entonces de derechos fundamentales, si no existe una garantía de los mismos, pues sin las garantías, los derechos serían meros enunciados sin eficacia jurídica. Las garantías para cualquier ordenamiento jurídico son aquellas que están diseñadas para todos los derechos reconocidos en la Constitución, y que serán válidas si logran alcanzar su objetivo fundamental, la protección y reparación de los derechos cuando estos han sido conculcados.

En ese orden, las garantías generales o normativas son los mecanismos que establece la Constitución para salvaguardar o corregir la violación de los derechos reconocidos en la Constitución⁶⁰. Se entiende además que son aquellos presupuestos constitucionales que se utilizan para la protección de un derecho.

Para referirnos a una verdadera existencia de derechos, los ordenamientos jurídicos deben brindarle a su titular, medios de tutela que sean efectivos para que puedan ofrecer a su titular la posibilidad de obtener una plena satisfacción de los derechos frente a los sujetos obligados, pues la existencia de un derecho, exige la creación de una garantía adecuada⁶¹.

Por ello, los poderes públicos no pueden quedarse al margen de la defensa de los derechos y libertades que la propia Constitución reconoce, sino que deben garantizar su pleno ejercicio. Máxime si se trata del cumplimiento de la

⁶⁰ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 264 y PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías- Elementos para una reconstrucción*, editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 111.

⁶¹ Vid. FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales y garantía", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 36; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Las Garantías de los derechos*, Universidad Carlos III, Madrid, 1999, p. 501.

Constitución, en un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que deben reconocerse los mecanismos que limiten la actuación de los poderes públicos y privados, en cuanto al cumplimiento de las normas constitucionales, en especial de los derechos fundamentales.

La idoneidad de las garantías debe estar en correspondencia con la necesidad del derecho a protegerse. Es por ello que los ordenamientos jurídicos reconocen varios tipos de garantías, pues con un solo mecanismo de protección no puede tutelarse la amplia diversidad de derechos que se reconocen desde la Constitución⁶².

En el caso del sistema constitucional ecuatoriano, desde el año 2008, se muestra claramente un cambio sustancial en el nuevo modelo de Estado asumido por el Ecuador en la Constitución de la República de 2008, a partir del cual se identifican con una serie de avances importantes relacionados, en lo fundamental, con las garantías constitucionales, sean estas normativas, jurisdiccionales o institucionales.

En la nueva Constitución de Ecuador de 2008, se utiliza el término garantía constitucional⁶³, no sólo como mecanismo reactivo en caso de violación de un derecho humano (garantía secundaria), sino también como las acciones llevadas a cabo para implementar el derecho en la realidad (garantías primarias).

Las garantías primarias se refieren específicamente al sistema jurídico, pues son las normas jurídicas las que se convierten en las primeras garantías para las personas a través de la aprobación del marco jurídico regulatorio, mediante el cual, los organismos del Estado y sus funcionarios tienen determinadas sus competencias, regulando los derechos de las personas y la naturaleza.

En el caso de las garantías secundarias se dividen en dos tipos: las políticas públicas, emanadas del poder administrativo y concretadas en planes y proyectos; y las garantías jurisdiccionales, que son todas aquellas que provienen de los jueces, mediante las acciones constitucionales provenientes tanto de los

⁶² CHÁVEZ, Gina y Juan MONTAÑA, *Gobernabilidad, Derecho y Democracia I, Constitución Para Servidores Públicos*, Colección Nuevo Estado, 1ra edición, editorial IAEN, Quito, 2011, p. 46.

⁶³ La Constitución ecuatoriana regula las garantías a partir de su Título III, denominado "Garantías Constitucionales" en sus artículos 84 al 94.

actos y de las omisiones que violan derechos humanos, como del control de normas que van en contra de las disposiciones constitucionales⁶⁴.

Dentro de las garantías primarias, se encuentran las garantías normativas y las garantías de políticas públicas; mientras que dentro de las garantías secundarias se encuentran las garantías jurisdiccionales y las garantías sociales⁶⁵. Puede decirse entonces que, en comparación con la Constitución de 1998, en la nueva Constitución se amplían y fortalecen el complejo entramado de garantías de los derechos; incrementando los instrumentos de defensa de los mismos, y fortaleciendo el contenido de las garantías ya existentes en la anterior Constitución⁶⁶.

En ese orden, las garantías normativas, genéricas o abstractas⁶⁷, como también se reconocen, corresponden al poder legislativo y a todos aquellos órganos con potestad normativa. Se trata de aquella obligación de subordinar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas, a los derechos reconocidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la costumbre internacional⁶⁸. El objetivo es impedir que la actuación de los poderes públicos afecte o vulnere los derechos fundamentales, basándose en el deber de adecuación que exigen los convenios internacionales para lograr el cumplimiento de la dignidad intangible del ser humano. Su finalidad es evitar que las normas de rango inferior a la Constitución, que reconocen y protegen los derechos fundamentales, les impidan a estos gozar del contenido y eficacia que la Constitución le ha otorgado, por ello el destinatario de estas garantías no es el individuo, aunque este puede invocarlas, sino los poderes públicos.

⁶⁴ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Los derechos y sus garantías... cit.*, p. 188.

⁶⁵ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... cit.*, p. 123.

⁶⁶ Vid. CORDERO HEREDIA, David y Nathaly YÉPEZ PULLES, *Manual crítico de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales*, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Quito, 2015, p. 41.

⁶⁷ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008", en *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2008, p. 92.

⁶⁸ Vid. SILVA PORTERO, Carolina. "Las garantías de los derechos, ¿invención o reconstrucción?" *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ramiro Ávila Santamaría (editor), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 71; VILLAREAL, Roberto, *Medidas cautelares: Garantías constitucionales en el Ecuador*, 1ª edición, editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2010, p. 85.

El artículo 84 de la Constitución reconoce la obligación de “todo órgano con potestad normativa de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución”. Ello significa que las normas infra-constitucionales coadyuvarán a la implementación en la praxis, del ejercicio de los derechos.

Por otra parte, la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos también forman parte de las garantías primarias. Estas se planifican y ejecutan mediante los actos estatales, de allí su importancia para efectivizar los derechos reconocidos en la Constitución.

Dentro de garantías jurisdiccionales o procesales específicas se encuentran aquellas que le permiten al ciudadano acudir a los órganos jurisdiccionales cuando se le haya vulnerado un derecho⁶⁹. Por ello, corresponden al Poder Judicial en virtud de su potestad jurisdiccional. Se trata entonces de una garantía, cuyo objetivo no es salvaguardar el contenido de los derechos fundamentales ante una eventual actuación de los poderes públicos que los dañe o menoscabe, sino brindarle a cada ciudadano la posibilidad de poder actuar ante las vulneraciones de sus derechos, y por ende, su implementación corresponde a los jueces y juezas desde la primera instancia, hasta la Corte Constitucional, para que puedan imponer las medidas de reparación ante violaciones o posibles amenazas de los derechos humanos⁷⁰.

En cambio, las garantías sociales tienen como fundamento el ejercicio de los derechos de participación, libertad de opinión y de asociación, además de regular las iniciativas no institucionales que emprenden las personas para exigir de los poderes públicos o privados, el respeto de sus derechos.

⁶⁹ Vid. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Las Garantías Constitucionales: Perspectiva Andina”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 25, Puebla, 2010, p. 82; FLABIA STORINI, Claudia, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La nueva Constitución del Ecuador*, ed. por Agustín Grijalva Santiago Andrade, y Claudia Storini (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009), p. 289.

⁷⁰ En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos declara que toda persona, sin discriminación alguna, tiene derecho a un recurso efectivo ante los jueces competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales. Vid. artículo 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Aprobada por el Poder Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores, San José, 22 de noviembre de 1969, p. 12.

En el actual texto constitucional, todos los derechos tienen igual régimen de protección jurídica reforzada, materializándose en el título tercero de la Constitución denominado “Garantías Constitucionales”⁷¹. Este título dedica el capítulo primero al estudio de las garantías normativas (artículo 84) y en el capítulo segundo al estudio de las Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (artículo 85).

El capítulo tercero es consagrado al reconocimiento de las garantías jurisdiccionales (artículo 86 y 87), dentro de la cual se incluye en la sección segunda, aquellas que protegen todos los derechos, denominada acción de protección (artículo 88); las que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de la libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada), todas reconocidas en la Sección tercera dedicada a la “Acción de hábeas corpus” (artículo 89 al 90); las que protegen el acceso a la información pública; reguladas en la Sección cuarta “Acción de acceso a la información pública” (artículo 91); las que protegen el derecho de cada persona para conocer de la existencia y acceso a documentos de diversa índole que sobre su persona consten en entidades públicas o privadas, Sección quinta, “Acción de hábeas data” (artículo 92); las que protegen la eficacia del sistema jurídico, Sección sexta, “Acción por incumplimiento” (artículo 93), y, por último, aquellas que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, Sección séptima, “Acción extraordinaria de protección” (artículo 94).

De esa forma se cumple el enunciado del artículo 11 apartado 9 de la Constitución cuando refiere: “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Además de ello, debe tenerse en cuenta que todos los derechos gozan de otras garantías que son reconocidas por los ordenamientos jurídicos, en el caso de Ecuador, por ejemplo, la existencia de una Corte Constitucional con potestad para sancionar la conformidad de las leyes con los preceptos constitucionales

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador de 2008.

relativos a los derechos y libertades, por medio del control de constitucionalidad⁷².

La vinculación obligatoria de todos los jueces y tribunales ordinarios a los derechos y garantías constitucionales, especialmente para realizar una interpretación de las normas infraconstitucionales en el sentido que más favorezca a los derechos constitucionales.

La existencia de la Defensoría del Pueblo, representada por el Defensor Público como el órgano autónomo de la Función Judicial, tiene como objetivo principal garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos⁷³.

Y, por último, la Fiscalía General del Estado, como órgano autónomo de la Función Judicial que actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso y que ejercerá la acción pública con especial atención al interés y a los derechos de las víctimas⁷⁴.

El análisis de conjunto de estas garantías como mecanismos de protección de los derechos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, representa un modelo garantista diseñado para que todos los derechos reconocidos en la Constitución sean efectivos, lo cual constituye una muestra palpable de la evolución garantista en Ecuador.

⁷² Con respecto a ello, la Corte Constitucional de Ecuador ha establecido: “la acción de inconstitucionalidad, en su naturaleza jurídica, es pública y participativa, pues se vincula expresamente con el derecho de todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Con ese propósito, se otorga al ciudadano la facultad de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la validez de la ley, entendiéndose por validez la conformidad de esta con los contenidos constitucionales”. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 017-17-SIN-CC, Caso 0071-15-IN, 7 de junio de 2017, p. 9.

⁷³ Así lo establece el artículo 191 y 214 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

⁷⁴ *Vid.* artículos 194 y 195 de la Constitución de la República de Ecuador de 2008.

1.3. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales

Después del estudio de los derechos fundamentales como normas de derecho positivo, se impone la necesidad de estudiarlos a partir del doble enfoque que se les reconoce: a saber, una dimensión externa, y la otra interna⁷⁵.

La dimensión externa desde la cual se estudian las relaciones tanto éticas como políticas que subyacen a los derechos fundamentales, es aquella que desarrolla la propuesta moral y de poder político que opera tras la positivación de los derechos, y sin los cuales estos son incomprensibles. A su vez, la dimensión interna se encarga del estudio de las funciones que los derechos desempeñan en el interior del ordenamiento jurídico. Esto último supone defender la idea de que los derechos se presentan, al menos, de dos maneras: como técnica al servicio de la protección del individuo (función subjetiva que se corresponde con las primeras formulaciones históricas de los derechos), o bien como criterios de ordenación (función objetiva), desarrollada en el marco del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo⁷⁶.

El reconocimiento de los derechos fundamentales desde sus inicios en las declaraciones de derechos, estuvo basada en la consideración de estos como derechos subjetivos. Es decir, como aquella situación jurídica de poder que el ordenamiento jurídico le atribuye a una persona para exigir de otra u otro cierto

⁷⁵ La idea de entender la doble dimensión de los derechos fundamentales nació en Alemania, donde la concepción actual de los derechos fundamentales tiene una doble interpretación. Por un lado, se conciben como derechos subjetivos de libertad, dirigidos al Estado, y, por otro, como normas objetivas de principios (*objektive Grundsatznormen*) o decisiones axiológicas (*wertentscheidungen*) que tienen validez para todos los ámbitos del Derecho. Vid. BÖCKENFORDE, Erns-Wolfgang, "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", en *id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. Requejo e I. Villaverde, Baden-Baden, 1993, p. 95; MORA SIFUENTES, Francisco M., "La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 150, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., septiembre-diciembre, 2017, p. 1216.

⁷⁶ Sobre este tema, Vid. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, No. 71, nueva época, Madrid, enero-marzo 1991, p. 88; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Año 13, No. 39, Madrid, septiembre-diciembre 1993, p. 207; CASTILLO CORDOVA, Luis, "Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 7, La Coruña, 2003, pp. 184-188.

comportamiento, por ello, los derechos fundamentales son normas de competencia negativas que delimitan esferas de autonomía del individuo en las cuales el poder estatal no puede intervenir.

Lo anterior se denota con más énfasis durante el siglo XIX, con independencia de las conceptualizaciones que se reconocieron para definir los derechos inherentes o personalísimos. De tal suerte, nace para la doctrina alemana la teoría de los derechos públicos subjetivos⁷⁷, la que adquiere una mayor significación con los aportes de JELLINEK para desarrollar un sistema de tutela jurídica de los derechos del individuo⁷⁸. Se definen entonces como aquella facultad de las personas, reconocida por el ordenamiento jurídico, siempre y cuando se dirija a un interés, en tanto solo pueden ser exigibles por cada persona, siempre que sea considerada miembro del Estado⁷⁹. Posteriormente se utilizó el término libertades públicas, entendidas también como los derechos que cada individuo puede oponer frente al poder del Estado, en tanto la persona forma parte del mismo⁸⁰.

Esta visión de los derechos fundamentales entendidos solo como derechos subjetivos, cambió con el decursar de los años, para ser entendidos no sólo en su dimensión individual, sino también en su dimensión objetiva⁸¹. Precisamente esta dimensión materializa la consideración de los derechos fundamentales, no

⁷⁷ HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial... cit.*, p. 13; GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 212.

⁷⁸ JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2a. edición, Tübingen, 1905, p. 68.

⁷⁹ Vid. STERN, Klaus, "El sistema de derechos fundamentales en la República Federal Alemana", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 1, Madrid, septiembre-diciembre 1988, p. 263; HÄBERLE, Peter, "Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania. Derechos y Libertades", en *Revista del Instituto de Bartolomé*, No. 1, Barcelona, 1993, p. 150.

⁸⁰ Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2003, p. 57.

⁸¹ La Corte Constitucional colombiana consideró en su sentencia No. C-587 de 1992 que: "los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo... Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí". Vid. Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia No. C-587/92, 12 de noviembre de 1992.

solo como los derechos que tiene cada persona frente al poder del Estado, sino que también se consideran como valores y principios del Estado.

El concepto de valor resulta más comprometido tanto filosófica como políticamente. Los valores no tienen una naturaleza deontológica que sí tendrían los principios. La teoría de los principios se ha ido abriendo paso en el sentido de que, prácticamente, ha sustituido a la teoría de los valores con la que inició la dimensión objetiva⁸².

Por la marcada influencia de DWORKIN⁸³ y ALEXY⁸⁴, se ha defendido la idea de que las constituciones vigentes y las normas jurídicas que componen los ordenamientos jurídicos están estructuradas por reglas, principios y directrices o valores. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania⁸⁵ al expresar:

(...) la Constitución, que no quiere ser un ordenamiento neutral, ha introducido con los derechos fundamentales un ordenamiento valorativo objetivo, en el cual se encuentra la más importante consolidación de la fuerza de validez de aquellos. Este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella sus líneas orientativas y su impulso (...)

(...) Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho (...)

Por ello, el Derecho no puede entenderse solamente como un conjunto de reglas, en tanto, además de estas, los derechos contienen también principios que pueden ser de dos tipos: las *policies* o directrices, las normas que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral (como aquella *Nemini dolus suus prodesse debet*) que establecen derechos.

⁸² MORA SIFUENTES, Francisco M., La influencia de los derechos fundamentales..., *cit.*, pp. 1226 y 1227.

⁸³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio... cit.*, p. 295.

⁸⁴ *Vid.* ALEXY, Robert, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 95.

⁸⁵ Sentencia BVerfGE 7, 198 (LÜTH).

Esta distinción necesariamente se apoya en la tesis formulada por ALEXY en su fórmula del peso, pues “el fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios. Las reglas son normas que ordenan, mandatos definitivos, en tanto son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica, es decir, son normas que siempre pueden cumplirse o no.

Por el contrario, los principios son normas que disciplinan, son mandatos de optimización y se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes momentos y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas, generando un derecho de textura abierta⁸⁶. Estas normas reciben determinación y precisión a la luz de las exigencias del caso concreto o particular, por ello, los principios deben aplicarse proporcionalmente, no debiendo excluirse entre sí, sino que en cada caso se pondera o pesa cuál ha de tener la preferencia y en qué medida.

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales tuvo como antecedente directo la Constitución de Weimar, que consideraba la concepción de los derechos fundamentales como garantías subjetivas de libertad frente al Estado. Sin embargo, no fue precisamente en ese período donde nació esta concepción objetiva, sino que nace con la jurisprudencia y la doctrina alemana, conociéndose también como normas objetivas de principios o decisiones axiológicas de los derechos fundamentales⁸⁷.

Esta nueva concepción atribuida a los derechos fundamentales, denominada objetiva, ha sido definida por ANZURES GURRÍA como el contenido de los derechos fundamentales, que aunado al subjetivo, es constituido por normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) y decisiones axiológicas (*Wertenstscheidungen*), que representan el sistema de valores y principios concretos de una sociedad (sistema cultural), y se convierten en consecuencia,

⁸⁶ Vid. SIMON CAMPAÑA; Farith, “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *Ius Novus* ecuatoriano”, en *Juris Dictio* Revista Periódica del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Vol. 9, No. 13, Quito, 2010, pp. 9-31.

⁸⁷ Vid. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 119.

en la razón y fundamento del Estado⁸⁸. Los derechos fundamentales en esta nueva dimensión se entienden como valores del ordenamiento jurídico que irradian sus efectos no solo en el sistema normativo, sino también en las relaciones entre particulares, convirtiéndose además en deberes de protección hacia el Estado.

La concepción objetiva de los derechos fundamentales como valores que tutela todo el ordenamiento jurídico recae en el Tribunal Constitucional alemán que, con el fallo LÜTH⁸⁹, erige los cimientos conceptuales de la novedosa dimensión objetiva de los derechos fundamentales, teniendo como principal argumento la protección de la persona humana como centro del ordenamiento jurídico.

La doble dimensión de los derechos fundamentales aparecerá no sólo como abstenciones que el poder público debe respetar a fin de no lesionarlos, sino también como aquellas obligaciones positivas de llevar adelante todo aquello que sirva para su realización, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva por parte de los ciudadanos.

⁸⁸ Vid. ANZURES GURRÍA, José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales*, No. 22, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., enero-junio, 2010, p. 12.

⁸⁹ El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana (BverfG) tiene el mayor protagonismo en esta transformación conceptual de los derechos fundamentales, pues fue él quien dio inicio al proceso de actualización de los derechos fundamentales cuando el señor Erich LÜTH (demandante), y quien era el presidente de una organización privada de prensa en Hamburgo, en varias ocasiones en 1950 había llamado públicamente ante productores y directores de cine, en la radio y en la prensa, al boicot de una película contra V. Harland, quien fuera director de cine, y en la época nacionalista un difusor de películas al servicio de la ideología de ese régimen, específicamente la película "Judía dulce", filme que hacía propaganda antijudía y otra titulada "Los amantes inmorales". Ante estos hechos, LÜTH emprendió una campaña para que el público boicoteara la película, y V. Harland solicitó una medida cautelar ante el Tribunal Territorial de Hamburgo que le prohibiera a LÜTH continuar con el boicot dirigido a propietarios de teatro y casas distribuidoras de películas, solicitando además la indemnización por los daños y perjuicios causados. En primera instancia, el Landgericht de Hamburgo señaló que las expresiones del periodista contradecían el Código Civil (BGB), pues las conductas narradas invitaban al boicot y además contradecían las buenas costumbres, fundamentándose en lo establecido en el artículo 826 del Código Civil alemán que establecía: "quien, de modo contrario a las buenas costumbres, cause daños dolosamente a otros, está obligado a la reparación del daño". Posteriormente, LÜTH interpuso un recuerdo de amparo, y el fallo fue confirmado en segunda instancia anulando dicha sentencia al considerar que el acto que se consideraba como ilícito civil, no era tal porque a su juicio constituía un ejercicio de la libertad de expresión a todos reconocida. Entre los fundamentos más importantes se afirmó que los derechos fundamentales no son sólo derechos de defensa, sino normas objetivas de principio, y particularmente se refirió al efecto de irradiación o fuerza expansiva de los derechos fundamentales. Extracto de la Sentencia de Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de enero de 1958. Vid. MENDOZA ESCALANTE, Mijail, "La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares", en *Revista Pensamiento Constitucional*, Año XI, No. 11, Lima, 2005, p. 223.

La Sentencia No. 25 de 1981 del Tribunal Constitucional español reafirma el doble carácter de los derechos fundamentales al expresar:

“Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho, o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”⁹⁰.

De igual forma, la sentencia No. 53/1985⁹¹ pone de manifiesto, en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos, 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 este⁹².

Además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, constituyendo la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política del Estado.

De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional, se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución, no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de

⁹⁰ Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 25/1981, 14 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981).

⁹¹ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 53/1985, 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985).

⁹² Al respecto pueden consultarse los artículos 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3 y 27 de la Constitución Española de 1978.

contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano⁹³.

En Colombia, la Corte Constitucional también reconoció la doble dimensión de los derechos fundamentales en la Sentencia T-406 de 1992⁹⁴, al afirmar que la doble dimensión le viene impuesta en primer lugar por su dimensión objetiva, lo cual significa la trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. En segundo lugar, y relacionado con el carácter objetivo de los derechos fundamentales, se reconoce la existencia de la acción de tutela establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas.

Los derechos fundamentales, en igualdad a las propias constituciones que los reconocen, se han considerado como derechos de las personas en oposición al poder del Estado, por ello, resulta innegable como afirma ANZURES-GURRÍA⁹⁵ que, desde su más antigua concepción, hayan sido considerados como límites al poder del Estado⁹⁶; y es precisamente a esa consideración a lo que se le ha denominado dimensión subjetiva de los derechos fundamentales. No obstante, existe la denominada objetiva, aquella que considera los derechos fundamentales como principios y valores del ordenamiento jurídico que los regula, y que a su vez exigen un reconocimiento obligatorio para la construcción del Estado⁹⁷.

Los derechos fundamentales en la actualidad no se limitan a actuar como derechos subjetivos, pues no constituyen solo facultades que tiene el titular del derecho respecto al sujeto pasivo, dígase el poder público o un particular, sino que, como normas objetivas de principio y decisiones axiológicas, los derechos fundamentales rigen como principios supremos que tienen validez para todos los

⁹³ Vid. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 53/1985, 11 de abril (BOE núm.119, de 18 de mayo de 1985).

⁹⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia No. T-406/92, 5 de junio de 1992.

⁹⁵ ANZURES-GURRÍA, José Juan, "La dimensión objetiva de los derechos fundamentales...", *cit.*, p. 59.

⁹⁶ ESCUDERO SOLIZ, Jhoel, "El Cambio de Cultura Jurídica en la Interpretación Constitucional", en *Nuevas Instituciones Del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, AA.VV., Serie Investigación No. 14, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Quito, julio 2009, p. 65.

⁹⁷ MORA SIFUENTES, Francisco M., La influencia de los derechos fundamentales...", *cit.*, p. 1217.

ámbitos del derecho, limitando la autonomía privada y constituyendo mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado⁹⁸.

La dimensión objetiva o la función objetiva de los derechos fundamentales (*Die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte*) establece que estos ya no son considerados como los derechos que cada persona tiene y opone frente al poder del Estado, sino que se refiere a los principios y valores del ordenamiento jurídico del Estado constitucional y democrático de derecho, reconociendo los derechos fundamentales en sentido amplio y no solo como los derechos de la persona frente al Estado, sino como aquel conjunto de valores que irradia, como afirma MARSHALL BARBERÁN⁹⁹, el desarrollo del orden jurídico y político de cualquier ordenamiento jurídico, centrando su atención en la protección que se les ha de brindar a todos los destinatarios de la Constitución.

La doble dimensión de los derechos fundamentales radica en que, aunque no pueda negarse que los derechos fundamentales son en primer orden derechos del ciudadano frente al Estado, se debe tener en cuenta que los mismos presuponen también un sistema objetivo de valores que constituirá la base constitucional para la determinación de todos los ámbitos del Derecho. Desde este punto de vista, como afirma PAREDES PAREDES¹⁰⁰, ninguna disposición de Derecho común puede contradecirlos, debiendo ser interpretados de acuerdo con este espíritu.

Por ello se afirma que el poder público se encuentra vinculado a los derechos en dos sentidos: el primero es el que se refiere a no lacerar la esfera jurídica protegida por los derechos y, en segundo lugar, en su vertiente objetiva, procurando el disfrute pleno y eficaz de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico en el que desplieguen sus efectos.

⁹⁸ Vid. TOLE MARTÍNEZ, Julián, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, en *Cuestiones Constitucionales*, No.15, México, julio-diciembre 2006, p. 262.

⁹⁹ MARSHALL BARBERÁN, Pablo, “Los derechos fundamentales como valores”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No.10, Madrid, 2006/2007, pp. 207-228.

¹⁰⁰ PAREDES PAREDES, Felipe Ignacio, “La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: una propuesta en clave democrática”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, No. 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, abril, 2015, p. 250.

Si hacemos referencia al Derecho comparado, nos percatamos que son varias las Constituciones que le reconocen a los derechos fundamentales una dimensión objetiva, entre ellos, la Constitución de España de 1978 reconoce de manera expresa que: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”¹⁰¹.

La Constitución de Chile señala que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana) garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”¹⁰².

Por su parte, la Constitución de Colombia expone que: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Además de ello, señala que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución¹⁰³.

La Constitución de Nicaragua por su parte señala que son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos¹⁰⁴.

La Constitución de Ecuador de 2008 reconoce en el artículo 1 el carácter objetivo de los derechos fundamentales al establecer: “el Ecuador es un Estado

¹⁰¹ *Vid.* Artículo 1 de la Constitución Española de 1978.

¹⁰² *Vid.* Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

¹⁰³ *Vid.* Artículos 1 y 2 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

¹⁰⁴ *Vid.* Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, Aprobada por la Asamblea Nacional, 21 de enero de 1948, p. 2.

constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”¹⁰⁵.

Como puede apreciarse, la regulación teórica del carácter objetivo de los derechos fundamentales se identifica y materializa en la regulación conceptual ofrecida por algunas constituciones que destacan la existencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en el caso del ordenamiento jurídico español, se reconocen los valores superiores del ordenamiento jurídico, del cual se deriva el deber de respeto de los contenidos axiológicos allí enunciados, los cuales operan como derechos de defensa frente al Estado.

Sin embargo, en el caso de Latinoamérica, la normativa no ha sido del todo rigurosa para definir la dimensión objetiva, aunque se interpreta la utilización de diferentes términos que tratan de definir esta vertiente objetiva de los derechos fundamentales.

En el caso de Chile, lo que se enuncia es el deber del Estado de respetar y promover los derechos de naturaleza humana que provienen de la Constitución, sin ejemplificar claramente cuáles son. En el caso de Colombia se reconoce la obligación del Estado de respetar los derechos como la dignidad humana y otros derechos, garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Por su parte, Nicaragua señala expresamente los principios que regirán en la nación, coincidiendo con la Constitución colombiana en el respeto de la dignidad humana, además del reconocimiento de la libertad, la justicia, y el pluralismo social y étnico; este último también reconocido por la Constitución de Ecuador cuando afirma que es un Estado plurinacional y laico, elemento es que enunciado por la Constitución española.

¹⁰⁵ La Corte Constitucional de Ecuador establece: “El artículo 1 de la actual Constitución de la República establece: “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”, calificativo que denota a la Constitución como determinadora del contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder, siendo los derechos de las personas, a la vez, límites del poder y vínculos, por lo que la Constitución de la República es de directa e inmediata aplicación, y los derechos y garantías en ella contenidos justifican el orden institucional”. *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0003-11-SEP-CC, Caso No. 0899-09-EP, 31 de mayo de 2011, p. 5.

No obstante, aunque la Constitución de Ecuador solo reconozca al Estado como constitucional de derechos y justicia, sin mencionar explícitamente algunos de los valores que en ella se expresan, se puede interpretar esta expresión como norma para el reconocimiento del resto de los derechos que en ella se reconocen.

En conclusión, los derechos fundamentales no son meros derechos subjetivos que tiene el titular del derecho respecto al sujeto pasivo, bien sea el poder público o un particular, sino que rigen como principios supremos que tienen validez para todos los ámbitos del derecho, limitan la autonomía privada, constituyen mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado. A ello es a lo que la doctrina ha reconocido como dimensión objetiva de los derechos fundamentales, mediante los cuales se reconoce a las personas un orden objetivo de valores.

Precisamente, ese sistema de valores que incorpora contenidos axiológicos, encuentra su núcleo en la personalidad humana y en el reconocimiento de la dignidad del hombre, a través de la cual, los derechos fundamentales no se basan solamente en la relación Estado-ciudadano, sino que también garantizan, como afirma TOALA¹⁰⁶, la esfera de libertad del particular frente a intervenciones del Estado, basándose en un cometido axiológico de validez universal porque irradian en toda dirección y en todos los ámbitos del Derecho.

En síntesis, el reconocimiento del doble carácter de los derechos fundamentales, aunque sin lugar a dudas constituyó un logro para el Derecho Constitucional, también trajo consigo, siguiendo la teoría de ALEXY, tres efectos claramente identificables que se pueden sintetizar de la siguiente forma: 1) el deber de protección; 2) el efecto de irradiación o de expansión; y, 3) la eficacia frente a terceros o la eficacia jurídica objetiva de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*).

¹⁰⁶ TOLE MARTÍNEZ, Julián, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 262.

1.3.1. El deber de protección

Como una consecuencia directa de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, nacen también deberes, mandatos u obligaciones de protección (*Schutzpflichten*)¹⁰⁷. Esta posición es la que defiende el tema de los derechos fundamentales como derechos de protección, lo que significa que el Estado no solo tiene la obligación de abstenerse de invadir en la esfera protegida de la persona; sino que debe también ocuparse de los poderes públicos, ya sea mediante la construcción de la ley; o mediante los jueces con la aplicación directa o la interpretación conforme a la Constitución, con la correspondiente obligación de proteger al individuo de intromisiones de terceros en ámbitos esenciales.

Estos deberes o mandatos de protección se entienden como la obligación que tienen los poderes públicos para que los derechos o bienes iusfundamentales se protejan y realicen efectivamente, pues el Estado tiene la obligación de contribuir a la efectividad de los derechos, aun cuando los ciudadanos no tengan una pretensión subjetiva concreta.

La evolución de los derechos fundamentales ha traído como consecuencia que ya no puedan caracterizarse únicamente como derechos de reacción frente al Estado, aunque sigan teniendo como principal referente a los poderes públicos y continúen desplegando parte de su eficacia en las relaciones verticales, en la que los ciudadanos se ven unilateralmente obligado por aquéllos; sino que deben entenderse además como derechos subjetivos frente al poder público. Por ello, constituyen un sistema de valores y principios jurídicos que informan a todo el ordenamiento, de allí que su contenido o dimensión constituya la base para reformar la eficacia obligatoria de aquel contenido subjetivo¹⁰⁸.

¹⁰⁷ STERN, Klaus, "Sistema de derechos fundamentales...", *cit.*, p. 136; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La teoría jurídica de los derechos...", *cit.*, p. 210.

¹⁰⁸ Téngase en cuenta que los valores y principios, aun y cuando se expresan en la Constitución como máxima norma de rango constitucional, no pueden equipararse en orden de semejanzas, en tanto los valores expresan un criterio, el fin esencial y el fundamento de la ordenación de un sistema de creencias, no constituyen en sí mismo una norma de aplicación directa, sino que se utilizan como premisas en la elaboración e interpretación de las normas. Por su parte, los principios desempeñan por sí mismos una función normativa, y los valores están por encima de todas las normas, e incluso, de los principios, que presuponen la realización de un valor. *Vid.* DE FUENMAYOR, Amadeo, "Alcance del principio constitucional de igualdad", en *Revista Humana lura: suplemento de derechos humanos*, No. 2, Pamplona, 1992, p. 1329.

El Estado tiene la obligación positiva de contribuir a la efectividad de los derechos, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano¹⁰⁹, es decir, el Estado tiene el deber de proteger los derechos fundamentales de las personas ante afectaciones fortuitas que provengan de otras personas mediante las normas de Derecho Privado¹¹⁰.

Para ALEXY¹¹¹, los derechos de protección son aquellos derechos del titular del derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros. Su ámbito de aplicación se extiende desde la protección de tipo clásico, frente al homicidio, hasta la protección frente a los peligros del uso pacífico de la energía atómica. No sólo la vida y la salud son posibles bienes protegidos, sino todo aquello que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es digno de ser protegido, por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia, la propiedad, entre otros.

Esta noción de deber de protección no es más que el comportamiento que deben asumir los órganos estatales cuando la conducta de terceros como los particulares, u otros Estados, pone en peligro o vulnera los bienes de los asociados que están protegidos iusfundamentalmente. Lo cual coloca en perspectiva a los derechos fundamentales ante amenazas o lesiones provenientes de “personas” o “poderes” que no son los destinatarios tradicionales de los propios derechos¹¹².

En esencia, el deber de protección tiene como fundamento que el Estado no debe limitarse solamente a respetar el ámbito de protección del individuo, sino que también tiene la obligación de proteger al individuo de intromisiones de terceros en todos los ámbitos. Ya sea del legislador, mediante la construcción de

¹⁰⁹ MORA SIFUENTES, Francisco M., “La influencia de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 1231.

¹¹⁰ Esta tesis del deber de protección ha sido planteada en el Derecho Constitucional por CHRISTIAN STARCK y, en el Derecho Civil, con contribuciones muy importantes, por CLAUDIUS WILHEM CANARI. *Vid.* MENDOZA ESCALANTE, Mijail, La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares... *cit.*, p. 226.

¹¹¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... cit.*, p. 398.

¹¹² *Vid.* ARROYO CISNEROS, Edgar Alán, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México: Algunas notas para su análisis”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 19, La Coruña, 2015, p. 232.

la ley, o de los jueces, mediante la aplicación directa o la interpretación conforme de la Constitución.

Se puede alegar además que este deber consiste en la prolongación de la eficacia indirecta, mediante la cual se reemplace la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros o *drittwirkung*, por el deber de protección, en el cual el juez no solo interprete los preceptos legales de cara a los derechos fundamentales, sino que también los utilice para llenar los vacíos de la ley como instrumento de realización de igualdad real entre los implicados¹¹³.

De allí que se considere el deber de protección como una prolongación de la eficacia indirecta que defiende la idea de reemplazar los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros por este deber de protección. Ello para que el juez no se limite a interpretar los preceptos legales a la luz de los derechos fundamentales, sino que también los utilice para colmar los vacíos e insuficiencias de la ley, con el objetivo esencial de emplearlos como instrumento de realización de la igualdad real entre los ciudadanos.

El deber de protección es un derecho frente al Estado, para que este se encargue de prohibir intervenciones de terceros, lo cual significa que los derechos fundamentales, como derechos defensivos, deben rechazar intervenciones injustificadas del poder estatal. Por otro lado, el deber de protección, derivado de los derechos fundamentales, obliga al Estado a intervenir frente a vulneraciones de tales derechos procedentes, no ya del propio Estado, sino de cualquier otro sujeto.

Si bien la jurisprudencia constitucional alemana se vincula al tema del deber de protección con la sentencia del caso *Blinkfüer* de febrero de 1969, no es sino en la sentencia del 6 de febrero de 2001, en la que se menciona expresamente este derecho para resolver una controversia de naturaleza jurídico privada¹¹⁴. En esta se resuelve un caso de “renuncia de pensión alimenticia” (*Unterhaltsverzicht*) en la que el Tribunal reconoce el recurso de amparo, considerando que el Tribunal Superior de Justicia, en la sentencia, desconoce el deber de protección derivado

¹¹³ Vid. ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales...cit.*, p. 223.

¹¹⁴ RUFFERT, Matthias, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, JusPubl 74, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 146.

del artículo segundo, primer párrafo de la Ley Fundamental, en relación con el artículo sexto, cuarto párrafo, en la cual se expresa el fundamento que sobre el deber de protección alega el órgano judicial:

Los derechos fundamentales desenvuelven su eficacia en el tráfico jurídico privado como decisiones valorativas constitucionales por medio de las disposiciones que dominan inmediatamente las respectivas ramas del Derecho, así, sobre todo, a través de las cláusulas generales del Derecho Civil (...). En esa medida también, el Estado tiene que proteger los derechos fundamentales de los individuos y preservarlos ante lesiones de los demás (...). Es obligación de los Tribunales garantizar esta protección de derecho fundamental a través de la interpretación y aplicación del Derecho y concretizar en el caso particular. A sus juicios y ponderaciones sobre las posiciones de derechos fundamentales en su relación entre sí, el Tribunal Constitucional Federal alemán puede oponerse sólo si la decisión impugnada manifiesta errores de interpretación que se basan en una concepción injusta de derecho fundamental sobre el significado de un derecho fundamental, en especial, sobre el alcance de su ámbito de protección y que son también de importancia en su significado material para el caso jurídico (...).

Todo lo explicado hasta el momento se resalta una vez más la tesis del deber de protección como la forma más apropiada de explicar los efectos de los derechos fundamentales en el ámbito del ordenamiento jurídico privado.

De esta forma, los derechos fundamentales no sólo exigen el deber de abstención y el respeto de la autonomía de la voluntad como parte de su condición de derechos subjetivos; sino también, el respeto de todos los derechos como mandatos de actuación y deberes de protección de los poderes públicos, además de informar e irradiar a las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.

Puede concluirse así que el deber de protección que se deriva del sentido objetivo de los derechos fundamentales, se traduce en un deber especial del Estado para intervenir en todos los supuestos de vulneración de los derechos, independientemente del sujeto de quien provenga esa lesión. De allí que sea una realidad que no solo es el Estado el sujeto pasivo de los derechos, sino también los particulares.

1.3.2. La desvinculación de los derechos fundamentales respecto de su titular

Para ejemplificar de forma práctica el deber de protección por parte del Estado de los derechos fundamentales, deberán tenerse en cuenta aquellos supuestos

en los cuales se produzca la desvinculación por parte de su titular, para lo cual acudiremos a un caso paradigmático que no podemos dejar de mencionar. Se trata específicamente del caso “Schleyer”, ejemplo fehaciente del deber de protección derivado del Estado sobre los derechos fundamentales¹¹⁵.

Durante el llamado “otoño alemán” de 1977, terroristas secuestraron al presidente de la patronal alemana, Hans Martin-Schleyer, a quien utilizaron para amenazar al gobierno si no dejaba en libertad a otros once terroristas encarcelados. Ante los hechos, el hijo de Hans Martin-Schleyer solicitó al Tribunal Constitucional la adopción de una medida provisional que liberara a los presos requeridos, para intentar salvar la vida de su padre.

Como fundamentación a su petición arguyó dos cuestiones fundamentales: primero que el Estado tenía el deber de proteger la vida de su padre, motivado en el artículo 2.2 de la Ley Fundamental; y segundo, que las autoridades estatales no podían permitir que su padre siguiera corriendo el riesgo inminente de perder la vida a cambio de salvaguardar otros bienes o intereses que las autoridades estimaban significativos.

El Tribunal Constitucional, ante esta petición, no obstante haber determinado el deber del Estado de proteger el derecho a la vida, “incluso frente a agresiones antijurídicas por parte de terceros”, determinó que, para este caso concreto, era competencia de los órganos estatales, y no del Tribunal, la decisión de cómo reaccionar frente a tales chantajes. La posición adoptada tenía un antecedente directo; el caso de PETER LORENZ, en que el Estado cedió ante el chantaje de grupos terroristas liberando a varios criminales a cambio de la libertad de Lorenz. Sin embargo, aun así, los criminales continuaron vinculados a actos terroristas poniendo en peligro la seguridad total del país. Y precisamente, uno de ellos fue miembro del comando que secuestró al propio SCHLEYER.

La decisión del caso fue determinante desde que el Tribunal Constitucional Federal rechazó la adopción de la medida provisional, y lamentablemente, los terroristas cumplieron su amenaza y asesinaron a SCHLEYER. Con ello se demuestra que, si bien los poderes públicos tienen un deber de protección, su

¹¹⁵ MORA SIFUENTES, Francisco M, “La influencia de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 1243.

margen de discrecionalidad para decidir en concreto, qué medida o medidas han de tomarse, no es en absoluto desdeñable. Esta decisión del Tribunal Constitucional, como afirma VON MÜNCH¹¹⁶ fue una sentencia correcta, aunque haya sido extrema y mortal, sin embargo, era el único modo de frenar a los terroristas a la comisión de nuevos secuestros, finalidad que fue cumplida mediante tal decisión.

El otro supuesto versa sobre la Sentencia de 1990 realizada por motivos de huelga de hambre que llevaron a cabo algunos reclusos de los “Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre” (GRAPO), cuyo objetivo era que la administración de la cárcel modificara la política de dispersión de los presos terroristas¹¹⁷. En este caso, los reclusos tenían un único objetivo, y era llegar hasta las últimas consecuencias, aunque ello implicara la muerte. Con lo cual alegaban un derecho a la libre configuración de la vida y la muerte para lograr la libertad ideológica. Para ello, la interferencia de las autoridades administrándoles medicamentos y alimentación de forma obligatoria, sería contrario a la Constitución.

Sin embargo, la administración de la penitenciaría alegaba que dentro de la obligación de protección que sobre ellos recaía, se encontraban aquellas que fueran imprescindibles para tutelar la vida de los reclusos que tenía bajo su custodia¹¹⁸. En este sentido, puede afirmarse que cuando la norma constitucional española establece la garantía de un derecho fundamental, lo hace con el contenido de ese derecho, desde la relación que existe entre el interés privado y

¹¹⁶ VON MÜNCH, Igno, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, trad. de M. Díaz y D. Felip, en Salvador Coderch, P. *et. al.*, Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 45.

¹¹⁷ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 137/1990, 19 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990).

¹¹⁸ En este caso, el supuesto de reclusión de la persona constituye una relación jurídica de especial sujeción, de la cual se derivan derechos y deberes recíprocos entre la administración y el recluso. Por ello, le corresponde al Estado velar por la vida, la integridad y salud de los reclusos y, en consecuencia, determinadas situaciones como la del caso narrado justificarían la imposición de algunas limitaciones a los derechos fundamentales de los internos que se ponen en peligro de muerte de forma voluntaria. Parece razonable que el Estado tenga deberes de protección frente a las intervenciones jurídicas de terceros. No obstante, de modo genérico puede afirmarse que la doctrina es casi unánime al señalar que tal deber de protección corresponde en primer lugar, y de modo preponderante, al legislador. Al tratarse de problemas que admiten varias vías de resolución, no es posible ordenar una única y predeterminada actuación para cumplir tales deberes.

del bien común, otorgándosele al titular la posibilidad de recabar la protección del derecho de los tribunales, y a esta explicación es a lo que se denomina función subjetiva de los derechos fundamentales¹¹⁹.

No obstante, los derechos juegan un papel esencial para el mantenimiento del orden del Estado social y democrático de Derecho, por lo que ese interés individual se protege por su relevancia pública, de forma que no basta con la acción del legitimado. Corresponde a los poderes públicos velar por el contenido del derecho que sigue siendo valioso, aun cuando no exista un titular e incluso a pesar de que el facultado haya dejado de considerarlo de su interés.

De lo anterior se colige que el Estado tiene deberes de protección frente a las intervenciones jurídicas de terceros, lo cual no significa *prima facie*, que la violación de derechos fundamentales provenientes de terceros las cometa el propio Estado, sino que la violación producida en el seno de dichas relaciones no deja de ser una injerencia por parte de terceros; es decir, violaciones en el ámbito de las relaciones entre particulares.

Lo contrario sucede cuando el Estado no ha cumplido con el deber de protección hacia los derechos fundamentales, o cuando no puede remediar la violación mediante los mecanismos garantes, valiéndose de los medios de garantía existentes, en cuyo caso deberá responder mediante sus órganos por la insuficiente protección.

El fundamento del deber de protección del Estado puede apreciarse desde dos perspectivas: una de ellas se encuentra tanto en el monopolio que el Estado ejerce sobre la violencia, con miras a garantizar la paz social, como en la prohibición de que los ciudadanos puedan ejercer violencia alguna por sí mismos.

Finalmente, estimo que el fundamento del deber de protección puede apreciarse desde dos perspectivas. La primera defiende la postura de considerar el poder que ejerce el Estado sobre la violencia, con el objetivo de garantizar la paz social.

¹¹⁹ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, "El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVIII, Madrid, 2001, pp. 205-226.

Con ello, se prohíbe a los ciudadanos realizar actos que generen violencia por sí mismos. Lo cual significa que el deber de protección del Estado es una consecuencia directa y necesaria para garantizar la protección de la convivencia pacífica. Y si el Estado no la garantiza, no existiría protección de las libertades fundamentales, corriéndose el riesgo de que el individuo amenazado en sus bienes jurídicos se procure el derecho por sí mismo.

En el caso de la segunda, el criterio se basa en el contenido y estructura de los derechos fundamentales desde su dimensión objetiva. De tal forma, que no solo son oponibles frente al Estado, sino también que el bien jurídico protegido desde el ámbito constitucional hace parte de la personalidad de su titular, teniendo validez su pretensión frente a cualquier lesión o amenaza¹²⁰.

1.3.3. Efecto de irradiación de los derechos fundamentales

El efecto de irradiación o expansión de los derechos fundamentales significa que estos derechos influyen en todas las esferas del sistema jurídico¹²¹. Por tanto, son normas que no se limitan a regular la relación inmediata Estado-ciudadano, sino que rigen con validez universal, en todas direcciones, y aún más, su contenido jurídico fundamental impone parámetros al Estado y a la sociedad en su conjunto.

En este sentido, tienen un contenido objetivo que les otorga el sistema de valores. Esto es la confirmación de que tales derechos tienen máximo rango, máxima fuerza jurídica, máxima importancia de objeto, y máximo grado de indeterminación.

Que los derechos fundamentales tengan máximo rango se deriva de su inclusión en la norma constitucional. Su máxima fuerza jurídica deviene del carácter normativo de la Constitución, como derecho directamente aplicable a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, además de su observancia controlada por los tribunales hasta culminar en el Tribunal o Sala Constitucional. La máxima

¹²⁰ ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares...* cit., p. 74.

¹²¹ TOLE MARTÍNEZ, Julián, "La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales...", cit., p. 275.

importancia de objeto se cimenta en el hecho de que, con su aplicación y control, se deciden las cuestiones básicas de la sociedad (libertad contractual; garantía de la libertad de opinión; libertad religiosa; protección a la vida e integridad física) donde se asumen los valores fundamentales; planteándose una dimensión material o axiológica de la Constitución y la fuerza integradora de los derechos fundamentales. Por último, el máximo grado de indeterminación, se advierte del carácter sucinto del texto constitucional¹²².

Como es conocido, la Constitución no se inclina por regular supuestos concretos, sino que incluye en su normativa situaciones generales, abarcadoras, con una perspectiva integral. Esa misma finalidad exige al intérprete constitucional y le facilita una tarea hermenéutica flexible y extensiva que permita su adecuada aplicación¹²³. Cuestión que hace diferir esta función de las otras expresiones de interpretación jurídica. De este modo, si se entiende a la Constitución como el resultado de la eficacia integradora de sus valores materiales, donde destacan los derechos fundamentales como orden de valores o estructura axiológica que articula el contenido del texto magno, la interpretación y concepción del ordenamiento jurídico habrán de cambiar bajo su influjo¹²⁴.

La principal consecuencia del proceso material de integración es el cambio de paradigma en la interpretación de los derechos fundamentales, lo que alcanza a todo el cuerpo jurídico y pueden afectar al legislador, ciertos departamentos de la administración y a los individuos. El fundamento de esta idea se sustenta en que los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concretos, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenido en la Constitución de un país. De tal modo, el orden positivo derivado solo será válido y legítimo si representa ese sistema de valores.

Precisamente, la mayoría de los aspectos reseñados están presentes en el caso LÜTH, donde se puede apreciar la influencia en el Derecho Civil de los derechos

¹²² MORA SIFUENTES, Francisco M., *La influencia de los derechos fundamentales...*, *cit.*, pp. 1222 y 1223.

¹²³ GALIANO MARITAN, Grisel, "La interpretación del Derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: estudio doctrinal y legal", en *Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Centroamericana*, No. 27, Managua, 2019, pp. 41 y 42.

¹²⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...* *cit.*, pp. 507-510; MORA SIFUENTES, Francisco M., "La influencia de los derechos fundamentales...", *cit.*, p. 1224.

fundamentales con anclaje en ese sistema de valores adoptado por la Constitución. En la situación, es posible apreciar con nitidez que la disputa se centra en la posible vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Así lo manifiesta la propia sentencia al señalar:

Los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. De ahí que la acción de amparo solo proceda contra actos del poder público.

La Constitución, sin embargo, no es neutral respecto de los valores. Los derechos fundamentales traducen un orden o sistema de valores, sustentado en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad de la persona humana, que, en su condición de decisión constitucional básica, está llamada a regir todos los ámbitos del derecho y a ser acatada por todos los órganos del poder. En este sentido, el sistema de valores prohiado por la Constitución, influye en el derecho civil, no pudiendo sus disposiciones contradecirlo y, por el contrario, debiendo ellas interpretarse con arreglo a su espíritu.

El alcance, efecto e influencia de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho civil, se realiza a través de preceptos propios de esta rama del derecho y, especialmente, de las disposiciones imperativas generales que remiten a conceptos jurídicos indeterminados, los cuales deben ser aplicados e interpretados con estricta sujeción a los primeros. La controversia, aunque su resolución se inspire en principios rectores de la Constitución, sigue siendo de carácter civil y se gobierna por este mismo tipo de reglas.

Si el juez civil deja de reparar en el efecto objetivo que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales producen sobre las disposiciones del Derecho civil —efecto de irradiación— viola con ocasión de su fallo el derecho fundamental que ha debido proteger y cuya observancia judicial le es impuesta, como quiera que a ello el titular tiene derecho. En este caso, contra las sentencias lesivas de los derechos fundamentales, sin perjuicio de los restantes recursos, cabe la acción de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual limitará su examen a la cuestión constitucional únicamente, vale decir, al análisis aludido —efecto de irradiación— y a su correcta o incorrecta valoración por parte del juez de la causa¹²⁵.

El efecto de irradiación en la actualidad significa que las relaciones que se establecen entre el Derecho Constitucional y las demás ramas del ordenamiento jurídico deben ser atendidas y resueltas desde una óptica diferente. Una óptica que ponga de relieve el imparable ascenso de los derechos fundamentales en las demás esferas de la actividad jurídica. Lo cual no desvirtúa el hecho de que cada rama tiene un contenido y objeto propio que permite la configuración de las relaciones jurídicas, y la decisión de los conflictos jurídicos sobre la materia

¹²⁵ Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVerfGE 7, 198 (LÜTH) de la Primera Sala, 15 de enero de 1958, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por *Jürgen Schwab*, p. 202.

específica, pero no puede olvidarse que la Constitución y sus derechos fundamentales, se le superponen, teniendo primacía sobre aquellos¹²⁶.

El legislador, en el ejercicio de sus funciones y en el cumplimiento de la ley, es uno de los destinatarios del efecto irradiante que tienen los derechos fundamentales como consecuencia de su dimensión objetiva. Por ende, tiene vedado desconocer su eficacia en la regulación tanto de las relaciones jurídico-privadas, como de las jurídico-públicas. En correspondencia, tiene la obligación no solo de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, sino también de ordenar dichas relaciones de la forma más favorable, para facilitar su observancia y que se reconozca su contenido esencial.

En igual sentido, el poder ejecutivo a la hora de fijar y ejecutar las políticas públicas, reglamentar o hacer cumplir las normas jurídicas, mediante órganos como la policía, el ejército, las instituciones educativas y la salud, deberán implementar sus acciones en el marco del respeto a los derechos fundamentales.

El caso específico de las instancias del Poder Judicial es muy significativo, porque son ellas las encargadas de velar por el respeto de los derechos fundamentales de forma intensa. En tal sentido, los tribunales restablecerán los derechos vulnerados mediante los procesos y con los medios legales a su alcance. Es de notar, que si se produce una violación de los derechos fundamentales y el tribunal no restablece el derecho vulnerado, se convierte también en vulnerador del derecho fundamental, porque la decisión y argumentación de sus decisiones tiene que ampararse en los valores que transversalizan y expanden la influencia de tales derechos¹²⁷.

De allí que la obligación del Estado de darle protección a los derechos fundamentales, es consecuencia directa de la dimensión objetiva reconocida a estos derechos, para que sus titulares sean protegidos por el Estado frente a intervenciones o ataques antijurídicos de terceros¹²⁸.

¹²⁶ HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y Derecho Privado*, editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 59.

¹²⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales... cit.*, pp. 59-71.

¹²⁸ ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre derechos fundamentales... cit.*, pp. 435 y 436.

En México, por ejemplo, se puede observar el efecto de irradiación de los derechos fundamentales desde el texto Constitucional, cuando en varios de sus preceptos se hace alusión a los derechos fundamentales sobre la base del respeto de los derechos humanos¹²⁹. En tal sentido: la educación que imparte el Estado fomentará el respeto por los derechos humanos (artículo 3); el sistema penitenciario se organizará sobre el respeto a los derechos humanos (artículo 18); la actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por el respeto de los derechos humanos reconocidos (artículo 21); y la política exterior debe estar orientada al respeto, protección y promoción de los derechos humanos (artículo 89, literal X).

En Ecuador, este efecto se cristaliza en varios artículos de la Constitución, entre ellos se establece que: La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos (artículo 27); los derechos de asilo y refugio se reconocerán de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 41); el reconocimiento a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de los diferentes derechos colectivos de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 57); y el reconocimiento al pueblo afroecuatoriano de los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 58), entre otros¹³⁰.

En síntesis, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales significa que estos se difunden como principios y valores en todas las ramas del ordenamiento jurídico, dígase civil, mercantil, laboral, cuyo principal resultado debe ser tomarlos en consideración al momento de interpretar y aplicar cada una de estas ramas a las realidades jurídicas de nuestros tiempos, aunque claro está, con independencia del efecto diferente que en cada uno de ellas tenga su aplicación.

¹²⁹ Se escoge la Constitución Política de México como por ejemplo, porque es una de las pocas en Latinoamérica que establece una estrecha vinculación entre los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con los derechos humanos. *Vid.* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

¹³⁰ Constitución de la República del Ecuador de 2008.

1.3.4. Eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*)

En estrecha relación al efecto de irradiación de los derechos fundamentales, aparece la eficacia horizontal de los mismos o eficacia jurídica objetiva (*Drittwirkung der Grundrechte*), bajo la teoría fundada por H. C. NIPPERDEY, quien fuera primer magistrado del Tribunal Federal del Trabajo de Alemania occidental, estableciendo que los derechos fundamentales no extienden su eficacia solo frente al poder del Estado (eficacia vertical) como originalmente fueron concebidos, sino que además, como ya se ha explicado con anterioridad, despliegan su eficacia frente a los particulares, es decir, de ciudadano a ciudadano¹³¹.

En sus inicios, los derechos fundamentales y las libertades públicas fueron concebidos solo como límites y garantías de los ciudadanos frente al Estado. Sin embargo¹³², no mucho tiempo después, la teoría y la jurisprudencia alemana, específicamente con la ya citada sentencia LÜTH del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, reconocieron que los derechos fundamentales también extienden sus efectos a las relaciones privadas¹³³.

No obstante, resulta innegable que el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales (*Grundrechte*) fue introducido formalmente en el constitucionalismo de la Segunda posguerra, y solo a partir de ese momento se consideran no solo como derechos en su dimensión individual; sino también en su dimensión objetiva (*Die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte*)¹³⁴.

¹³¹ ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales... *cit.*, p. 468; ANZURES-GURRÍA, José Juan, "La dimensión objetiva de los derechos fundamentales...", *cit.*, p. 68.

¹³² Según BALLARÍN IRIBARREN, no existe ningún argumento en el concepto general de los derechos fundamentales que nos constriña a considerar que estos derechos se tienen sólo frente a los poderes públicos. *Vid.* BALLARÍN IRIBARREN, Javier, "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la "*Drittwirkung*") en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, No. 24, Madrid, septiembre-diciembre 1988, p. 288.

¹³³ Autores como H. C. NIPPERDEY negaron que el papel desempeñado por los derechos fundamentales como límites al poder fuera una razón válida para negar la vinculación directa de estos entre los particulares. ANZURES GURRÍA, José Juan, "La eficacia horizontal...", *cit.*, p. 8.

¹³⁴ *Vid.* PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht II*, Heidelberg, Müller Verlag, 1998, pp. 20 y 21.

La comprensión de los derechos fundamentales como generadores de obligaciones de garantía y respeto por parte del Estado y de terceros, generando límites y cambios de comportamientos externos a sus titulares de manera individual, y, por tanto, pautando las relaciones jurídicas, se proyecta hacia la mencionada eficacia horizontal de los derechos fundamentales o teoría de la *Drittwirkung*.

Esta teoría ha sido designada con diversos términos. Se ha denominado *Drittwirkung der Grundrechte*, “generalizada en los años cincuenta dentro de la doctrina del Derecho Constitucional, de *Horizontalwirkung* de los derechos fundamentales –destacando que el conflicto tiene lugar en el plano horizontal de las relaciones entre ciudadanos y no el plano vertical de las relaciones entre Estado y súbditos–, de *Geltung* –validez– y de *Wirkung der Grundrechte im Privatrecht* –eficacia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado”¹³⁵.

Sin embargo, como estas expresiones pueden referirse a diferentes cuestiones en algunos planos concretos, lo mejor es acudir a un criterio unificador y utilizar solo uno, el de *Drittwirkung*, dado que es el que goza de mayor consenso entre los estudiosos de la materia¹³⁶. Aunque la propia doctrina alemana también ha destacado la denominación introducida por HANS PETER de “eficacia frente a terceros de derechos fundamentales”, y esta no resulte la más adecuada; ha alcanzado aceptación general y es de empleo generalizado para la designación

¹³⁵ ARROYO CISNEROS, Edgar Alán, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México...”, *cit.*, p. 230; DE VEGA GARCÍA, Pedro, La eficacia horizontal de los derechos fundamentales: la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*, en *Reflexiones en torno a la libertad de empresa informativa: libro homenaje al profesor Pedro Farias García / coord. por Manuel Sevillano Puente; Pedro Farias García (hom.)*, editores la Universidad Complutense de Madrid, 2006, pp. 181-199.

¹³⁶ BOROWSKI, Martín, “La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales”, en *Revista Derecho del Estado*, No. 45, Bogotá, enero-abril 2020, pp. 4-14; ARROYO CISNEROS, Edgar Alán, La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México...”, *cit.*, p. 225; BILBAO UBILLOS, Juan María, “Eficacia entre particulares...”, *cit.*, pp. 3 y 4; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Eficacia privada de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 42; ANZURES GURRÍA, José Juan, “La eficacia horizontal...”, *cit.*, pp. 5-10; ZÚÑIGA PADILLA, Luis Fernando, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en la jurisprudencia mexicana”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 28, México DF., 2009, p. 279; ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares... cit.*, pp. 223-290; p. 48; Von Münch, Ingo, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 45; BALLARÍN IRIBARREN, Javier, “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares...”, *cit.*, pp. 283 y 284; GARCÍA TORRES, Jesús, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO y Carrillo DE ALBORNOZ, “*Derechos fundamentales... cit.*, p. 48.

de esta problemática y, desde luego, por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán¹³⁷.

La *Drittwirkung* entendida como la eficacia frente a particulares, denominada también eficacia frente a terceros, tiene como punto de referencia que esos terceros pueden ser, no solo los particulares, sino también otros Estados. Se trata de esa manera de un concepto más amplio, en el cual la eficacia entre particulares se proyecta por medio de un efecto horizontal, en el cual la relación jurídica se da entre iguales, donde el vínculo normativo es de ciudadano–ciudadano y no de Estado–súbdito, como correspondería a la eficacia vertical. Por ello puede decirse que la *Drittwirkung* implica una eficacia *inter privatos*, o sea, que se hace cargo del tráfico jurídico privado, que por mucho tiempo ha quedado fuera de la protección constitucional¹³⁸.

Hasta hace pocos años, existían autores que negaban rotundamente la *Drittwirkung*¹³⁹. No obstante, la negación del efecto horizontal de los derechos fundamentales se basó en cuatro elementos: el primero es de carácter objetivo, con el cual se deduce que, en materia de derechos y sus garantías, los poderes públicos son los únicos destinatarios; el segundo es de carácter valorativo, en tanto la aplicación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales contradice valoraciones fundamentales reconocidas en la Constitución, al limitar indebidamente el derecho de los particulares a disponer de su esfera jurídica como estimen conveniente; el tercero consiste en afirmar que, hasta los propios partidarios de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales reconocen que la posición de los poderes públicos y de los particulares no pueden ser equiparados en relación con esos derechos fundamentales; y por último, se entiende que, postular la eficacia de los derechos fundamentales entre

¹³⁷ MENDOZA ESCALANTE, Mijail, La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares...”, *cit.*, p. 221.

¹³⁸ ARROYO CISNEROS, Edgar Alán, La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México...”, *cit.*, p. 228.

¹³⁹ Para algunos estudiosos del Derecho Civil, a saber, ALFARO ÁGUILA-REAL, no existe la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, pues alegan que los destinatarios de los derechos fundamentales y sus garantías son sólo los poderes públicos. *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *ADC*, Vol. 46, No. 1, La Rioja, 1993, p. 60; E. Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, Festschrift für Carl Schmitt, Duncker und Humblot, Berlín, 1959, p. 35.

particulares, contradice el carácter democrático del Estado, dado que al ser los jueces los que imponen forzosamente la *Drittwirkung*, se les está imponiendo una atribución que solo le compete al legislador, que en este caso es determinar el equilibrio entre el respeto a la libertad individual, y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales¹⁴⁰.

Sin embargo, en la actualidad, negar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales constituye un esfuerzo prácticamente inútil¹⁴¹, por cuanto esa consideración constituye un tema casi superado, al menos por la mayoría de la doctrina¹⁴², que considera que los derechos fundamentales despliegan sus efectos también en el tráfico jurídico privado¹⁴³.

El principal fundamento para admitir la existencia de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, radica en que los intereses de libertad e igualdad del individuo, protegidos por las disposiciones constitucionales, no se encuentran solamente amenazados por peligros originados por el Estado, sino también por los particulares con similar poder.

A nuestro entender, la aceptación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se basa en dos argumentos principales. El primero afirma que estos nacieron no sólo para limitar el poder de los estados, sino también para regular la vida del hombre que debía desenvolverse y desarrollarse dentro de esa sociedad. Por su parte, el segundo argumento plantea que la consideración actual de los derechos fundamentales es producto de su evolución histórica y,

¹⁴⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, "Autonomía privada y derechos fundamentales...", *cit.*, pp. 57-122.

¹⁴¹ JIMÉNEZ-ONTIVEROS, Emilio Vieira, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales: arbitraje y derecho a la tutela judicial efectiva", en *ADC*, tomo LXXII, 2019, *fasc. II*, La Rioja, pp. 423-427.

¹⁴² *Vid.* BRINKTRINE, RALF, "The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law: The British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of mittelbare Drittwirkung der Grundrechte", en *Revista European Human Rights Law Review*, Issue 4, Oxford, 2001, p. 423; RUIPÉREZ, Javier, "Sobre la eficacia de los derechos fundamentales: de la libertad natural a la *Drittwirkung der Grundrechte*", en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 4, La Coruña, 2004, pp. 1159-1172; ZÚÑIGA PADILLA, Luis Fernando, "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares...", *cit.*, pp. 276 y 277.

¹⁴³ GARCÍA RUBIO, María Paz, "La eficacia inter privados (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales", en *Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, Vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 297-300 y VIVAS TESÓN, Inmaculada, "La horizontalidad de los derechos fundamentales", en *Bienes de la personalidad*, 2008, pp. 205-213.

precisamente, la *Drittwirkung*, constituye sin lugar a dudas, una de sus características esenciales.

De igual forma, si se negara la existencia de la *Drittwirkung*, estaríamos desnaturalizando la actual concepción que reconocemos de los derechos fundamentales, sin considerar que la propia teoría simboliza la función primaria de estos. Por ello, resulta innegable que los derechos fundamentales surten efectos en las relaciones privadas, pues si estos son derechos de las personas, que además se materializan en la sociedad, desplegarán sus efectos en todos los tipos de relaciones que se desarrollen entre los particulares, dígase relaciones mercantiles, laborales, contractuales, entre otras. No tendría fundamento hablar de la libertad o la igualdad como derechos frente al Estado, si justamente los derechos fundamentales se materializan en el ámbito de las relaciones sociales.

Lo que sí constituye una realidad, es que la eficacia horizontal no es aplicable a todos los derechos, sino por el contrario, habrá que delimitar el contenido de cada derecho para conocer si es aplicable o no a las relaciones entre los particulares. Si realizamos un análisis de todos los derechos, puede afirmarse que existen derechos que por su propio contenido extienden más sus efectos frente a terceros que frente al Estado, como es el caso de los derechos inherentes a la personalidad, que colisionan con los derechos de otras personas. En tanto, los derechos como el debido proceso judicial, el derecho a la adecuada aplicación de la ley penal, los derechos de los legalmente privados de la libertad, el derecho a la administración de justicia por parte de tribunales previos y determinados por ley, entre otros, son oponibles solo frente al Estado¹⁴⁴.

En resumen, la *Drittwirkung*, representa un planteamiento inherente al Estado constitucional y democrático de Derecho, mediante el cual se afirma que los valores o principios de los derechos no se aplican a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino a todos los ámbitos, incluyendo desde luego las relaciones jurídicas *inter privatos*, al sistema jurídico en su conjunto por medio de un efecto

¹⁴⁴ Vid. ANZURES GURRÍA, José Juan, "La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en México", en *Díkaión Revista de Fundamentación Jurídica*, vol. 26, No. 1, Bogotá, enero-junio 2017, p. 70.

de irradiación que confirma la referida ubicuidad de los derechos humanos, es precisamente de aquí que surge la eficacia horizontal.

1.4. Teorías de la eficacia horizontal

La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales constituyó uno de los grandes temas de la teoría jurídica del Estado (*Staatsrechtslehre*) en el período inicial de la Ley Fundamental de Bonn¹⁴⁵. La verdadera discusión sobre el contenido de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es la forma en que estos derechos surten efecto entre los particulares, es decir, si tales efectos han de desplegarse en el tráfico jurídico de manera “inmediata” o “mediata”, lo que ha sido explicado por la doctrina a través de dos posturas: la primera, denominada eficacia horizontal inmediata (teoría de la *unmittelbare Drittwirkung*)¹⁴⁶; y la segunda, eficacia horizontal mediata (teoría de la *mittelbare Drittwirkung*).

1.4.1. Teoría de la eficacia inmediata

La teoría de la eficacia horizontal inmediata o directa fue formulada por H. C. Nipperdey¹⁴⁷, presidente del Tribunal Federal de Trabajo. Con ella se establece que los derechos fundamentales no son considerados en las relaciones entre particulares como valores y principios del ordenamiento jurídico, sino como verdaderos derechos, y, como tales, exigibles directamente por el individuo que los ostenta frente a sus semejantes, sin que sea necesaria la mediación de un órgano estatal.

Con ello, no es que se niegue la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, sino que se defiende la idea de considerar que en las relaciones entre los particulares no se visualizan y entienden como tal. Los derechos fundamentales son entendidos como verdaderos derechos subjetivos exigibles directamente por una persona frente a la otra, por ello, resulta innecesaria la mediación de un órgano estatal para su concreción.

¹⁴⁵ BOROWSKI, Martín, “La *Drittwirkung*...”, *cit.*, p. 6.

¹⁴⁶ ANZURES GURRÍA, José Juan, “La eficacia horizontal...”, *cit.*, p. 19.

¹⁴⁷ NIPPERDEY, H. C., “Freie Entfaltung der Persönlichkeit”, en Bettermann, H. C. *et. al.*, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, t. IV, 2, Duncker & Humblot, Berlín, 1962, p. 753.

Sin dudas, la ley constituye el medio idóneo para la configuración de los derechos fundamentales (tanto en las relaciones públicas, como en las privadas). Puede que exista una ley específica que propicie la eficacia de un derecho fundamental en una relación privada, pero no debe hacerse depender de ello su aplicabilidad en forma absoluta, en tanto resulta imposible que pueda prever todos los posibles conflictos y escenarios existentes. En el caso que existiese una norma específica que permita solucionar el caso concreto, el derecho fundamental que se va a defender resulta vinculante como un derecho subjetivo de una parte frente a la otra; y no será considerado como un criterio de interpretación al que deba recurrirse para determinar su influencia en el Derecho Privado.

Defender la tesis de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales significa admitir la posibilidad de que los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, puedan aplicarse frente a las violaciones procedentes de sujetos privados.

La *Drittwirkung* para esta teoría aparece como una herramienta importante para que la autonomía de la voluntad y la igualdad puedan garantizarse. La eficacia de los derechos en las relaciones privadas tiene como objeto salvaguardar el orden establecido en la Constitución y los principios reconocidos, aunque no exista pretensión subjetiva, y aun contra la voluntad de los particulares.

Para ejemplificar lo explicado, se hará mención al caso del agente comercial (*Handelsvertreter*) de 1990¹⁴⁸. Se trata de un contrato celebrado entre un agente comercial y el representante de una empresa, por la cual, básicamente, en una de sus cláusulas se establecía una prohibición o incompetencia del primero para contratar posteriormente. Tal supuesto fue invalidado por el Tribunal Federal Constitucional alemán, por considerar que el establecimiento de imposibilidad absoluta de que el agente comercial pudiera contratar durante los siguientes dos años, a partir de la fecha de la terminación de su contrato, generaba una situación heterónoma, es decir, la pérdida de su autonomía a manos de la empresa. De igual forma, el contrato establecía que en caso de que se produjera

¹⁴⁸ ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares... cit.*, pp. 202 y 203.

una terminación anticipada por culpa del agente, este último no tendría derecho a indemnización alguna.

El Tribunal consideró que existía una evidente desigualdad fáctica entre los contratantes: la posición de preponderancia de la empresa sobre el agente era de tal magnitud que, a efectos prácticos, tales cláusulas anularon la libertad contractual del agente.

Precisamente, es en estos supuestos donde deben intervenir los tribunales, quienes tienen la obligación de protección de los derechos fundamentales y, sobre todo, la de recuperar el equilibrio perdido como resultado de la desigualdad material, si bien respetando en lo sustancial la autonomía privada, deben precisar los límites de los derechos fundamentales, ahí donde exista la especial necesidad de protección de una de las partes del negocio jurídico.

En definitiva, aunque la razón de la intervención está dada por el deber de protección, en este caso no es loable frente a intrusiones provenientes de terceros, sino que se trata de una protección frente a las restricciones de las libertades iusfundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil¹⁴⁹.

Autores como NARANJO DE LA CRUZ¹⁵⁰ defienden la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, pues la eficacia mediata implica una comprensión restringida del alcance de los derechos fundamentales para cualquier Constitución¹⁵¹. Los derechos fundamentales en todo caso, también vinculan directamente a los particulares, por lo cual son derechos subjetivos, pero no sólo públicos, sino también privados, los cuales una vez que son establecidos constitucionalmente, gozan de una efectividad directa en la medida en que la propia Constitución vincula a todos los poderes públicos y ciudadanos¹⁵².

¹⁴⁹ MORA SIFUENTES, Francisco M. La influencia de los derechos fundamentales..., *cit.*, p. 1231.

¹⁵⁰ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, "Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones particulares", en *Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2000, p. 201.

¹⁵¹ El propio Böckenferde, defensor de la eficacia mediata, ha dicho que la realización de los derechos fundamentales, "no puede depender de una configuración infra-constitucional suficiente del Ordenamiento jurídico privado". ANZURES-GURRÍA, José Juan, "La dimensión objetiva de los derechos fundamentales...", *cit.*, p. 73.

¹⁵² Mediante esta vertiente de la eficacia directa o inmediata, los ciudadanos podrían solicitar directamente ante los órganos jurisdiccionales encargados de su garantía la vulneración

Es importante significar que la eficacia horizontal directa no puede aplicarse de igual forma con respecto a todos los derechos fundamentales, pues habría que delimitar el objeto y contenido del derecho que se pone de manifiesto en la relación jurídica *inter privatos*. Para ello, debe tenerse en cuenta la naturaleza del propio derecho y de la relación de que se trate. Existen derechos que son oponibles frente a terceros, como los derivados de las relaciones laborales, mientras que otros son únicamente oponibles frente al Estado, tales como: los de participación política y acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, el derecho al juez ordinario, entre otros.

No puede negarse entonces que los partidarios de la eficacia indirecta consideran los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, por lo que sus efectos entre particulares serían posteriores y derivados de su dimensión objetiva. Empero, ello no es exactamente así, puesto que existen derechos fundamentales cuyo objeto es la garantía de un ámbito de libertad en las relaciones entre particulares, por lo que están concebidos para ser oponibles primordialmente frente a estos y sólo secundariamente frente al Estado¹⁵³.

La doctrina establece críticas a esta teoría de la eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales entre particulares¹⁵⁴. Entre los autores, se tomará el criterio de FERRERES COMELLA¹⁵⁵, quien sintetiza las críticas realizadas basándose en cuatro elementos fundamentales:

realizada por parte de otro particular de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados, haciéndolos valer como auténticos derechos subjetivos ante los órganos jurisdiccionales, sin necesidad de la mediación del legislador en la provisión de una posición jurídico-subjetiva que ya poseerían directamente *ex constitutione*. BASTIDA FREIJEDO; Francisco José, *et. al.*, "La eficacia de los derechos fundamentales...", *cit.*, p. 192.

¹⁵³ En España por ejemplo puede citarse el derecho de huelga del artículo 28.1; la libertad sindical del artículo 28.2; o el derecho a la negociación colectiva del artículo 37. Así mismo pueden reconocerse otros derechos, en los que, al ser principalmente participativos, son oponibles indiscutiblemente ante los poderes públicos, como, por ejemplo, el derecho de sufragio y el de acceso a cargos y funciones públicas del artículo 23; o el derecho a la legalidad penal del artículo 25. En otros casos, puede hablarse de una eficacia pluridireccional, lo cual significa que pueden oponerse frente al Estado, y al mismo tiempo frente a los particulares, por ejemplo, puede mencionarse la libertad ideológica del artículo 16; en la libertad de expresión del artículo 20 y en el derecho a la intimidad del artículo 18.1.

¹⁵⁴ *Vid.* CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Derechos fundamentales y derecho privado*, Academia Sevillana de Notariado, Madrid, 1988, pp. 113 y 114; VARELA DÍAZ, Santiago, "La idea del deber constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4, Madrid, enero-abril, 1982, p. 88.

¹⁵⁵ FERRERES COMELLA, Víctor, "La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares", en *Ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional*

- La naturaleza de la Constitución: en este caso, la crítica se refiere a que la Constitución tiene atribuido un carácter material, que significa establecer los principios básicos que regulan las relaciones entre los diversos órganos del Estado y las relaciones entre los individuos y el Estado. Justamente, como la Constitución existe para estructurar y limitar al Estado, las relaciones entre los individuos se incluyen fuera del ámbito de la Constitución, y deben ser reguladas por el legislador ordinario y por los jueces, considerándose que, si se amplía el ámbito material a la regulación de las relaciones entre particulares, esto supondría desnaturalizar la Constitución.

- La asimetría en los riesgos de error: partiendo del supuesto de que la Constitución puede regular las relaciones entre particulares, sería necesario establecer únicamente en la Constitución aquellas normas sobre las cuales el legislador puede errar. Esa posibilidad de error se produce cuando el legislador disciplina las relaciones entre el individuo y el Estado, y no cuando las disciplina entre los individuos.

Cuando el Estado, a través del legislador, regula las relaciones entre el individuo y el Estado, es juez y parte en la controversia, y esta parcialidad lo puede inclinar a sobreproteger los intereses estatales en detrimento de los derechos individuales. Sin embargo, cuando regula los conflictos entre particulares, es un tercero imparcial, y esa imparcialidad reduce el riesgo de error, aunque no lo desaparece; pues no todos los derechos de los ciudadanos tienen la misma capacidad de influir sobre el legislador.

- La seguridad jurídica: con respecto a la seguridad jurídica se plantea que cuando el juez toma en cuenta los derechos y libertades consagrados en la Constitución al momento de interpretar las disposiciones que regulan las relaciones entre particulares, la inseguridad jurídica aumenta. En el supuesto de colisión entre derechos constitucionales de ambas partes, deberá resolverse por medio de la ponderación, siendo el juez el encargado de decidir cuál debe prevalecer. No obstante, aunque la inseguridad jurídica es real, en gran parte

y *Política (SELA)*, organizado por la Universidad de Yale sobre Derechos Fundamentales celebrado en Iquique, Connecticut, 7 al 10 de junio de 2001.

determinada por el papel que desempeñan los jueces en esta materia, resulta importante utilizar los mecanismos necesarios para reducirlos a límites aceptables.

– El riesgo para la libertad individual: la libertad individual se halla en peligro si la Constitución, en lugar de limitarse a proteger los derechos individuales frente al Estado, impone a los individuos el deber de respetar los derechos de los demás.

Sin embargo, si estudiamos a fondo el contenido sostenido por sus defensores, puede decirse que el protagonismo del juez no será atribuible solo a la teoría de la eficacia horizontal inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*), sino que, por el contrario, también se atribuye a la teoría de la eficacia horizontal mediata (*mittelbare Drittwirkung*). Cuando concibe los derechos fundamentales como derechos subjetivos que el individuo tiene frente a sus semejantes en sus relaciones particulares, ya sea con mediación legal o sin ella, se está otorgando al juez una capacidad concretizadora de estos que pertenece en principio al legislador¹⁵⁶.

En todo caso, será el juez el que goza de una mayor discrecionalidad al concebir los derechos fundamentales como valores a partir de los cuales se tratará de desentrañar el efecto que estos ejercen en una determinada situación.

Otro aspecto a considerar es la protección de la autonomía de la voluntad, pues si es el juez el que interpreta los derechos fundamentales como verdaderos derechos subjetivos, se está poniendo en riesgo la autonomía de la voluntad y, por tanto, el ordenamiento jurídico privado¹⁵⁷. Sin embargo, no puede olvidarse que la autonomía de la voluntad no es más que la manifestación de la libertad, y que la tesis de la eficacia inmediata procura más bien un reforzamiento de la autonomía privada, y especialmente de la libertad contractual real, pretendiendo mantenerla incluso frente a los poderes sociales y a las posiciones de poder fáctico de los particulares.

¹⁵⁶ ANZURES GURRÍA, José Juan, “La dimensión objetiva...”, *cit.*, pp. 25 y 26.

¹⁵⁷ VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado... cit.*, p. 57.

Ahora bien, la eficacia directa de los derechos fundamentales no es atribuible a todos los derechos. Por ello, se impone la necesidad de analizar si en cada derecho procede o no la aplicación de la eficacia horizontal, teniendo en cuenta para ello la delimitación del ámbito protegido por cada derecho fundamental, lo cual indicará si sus efectos se despliegan o no en las relaciones particulares y hasta dónde llega esa eficacia.

Siendo así, no puede negarse que existen derechos que por su propio contenido despliegan su eficacia con mayor preponderancia frente a terceros que frente al Estado. Por ejemplo, los llamados derechos de la personalidad como el honor, la imagen, la intimidad, reconocidos por casi todas las constituciones, sin embargo, colisionan con otros derechos como la libertad de expresión y el derecho a la información que tienen otras personas.

También el derecho a la cláusula de conciencia que tienen los periodistas se convierte en un derecho oponible frente a los medios de comunicación de la que los informadores forman parte. Por último, los derechos fundamentales del trabajo, incluyendo la sindicación y la huelga, constituyen un límite a la libertad de empresa. *A contrariis*, otros son oponibles solo frente al poder del Estado, como la tutela judicial efectiva y el derecho que les asiste a las personas de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción de tipo administrativa.

Llegados a este punto, puede afirmarse que, defender la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros significa afirmar la virtualidad directa de la mayoría de los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a las violaciones que provengan de sujetos privados.

1.4.2. Teoría de la eficacia mediata

La teoría de la eficacia horizontal mediata o indirecta, cuyo principal representante fue GUNTER DÜRIG¹⁵⁸, es producto de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Según esta posición, los derechos inciden en las relaciones entre particulares como principios que necesitan ser completados para introducirlos en las normas del derecho privado¹⁵⁹.

En este caso, el Estado tiene la obligación de abstenerse en la intromisión de la esfera jurídica de los particulares y, además, garantizar su efectividad en las relaciones privadas, pues los derechos fundamentales son ahora valores objetivos del ordenamiento jurídico.

Esta teoría constituye una solución intermedia que trata de sortear los obstáculos de orden dogmático que dificultan el reconocimiento de la *Drittwirkung*¹⁶⁰, lo cual se logra mediante la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas, a la mediación de un órgano del Estado que sí se encuentre directamente vinculado por tales derechos. Por ello se requiere de la intervención del legislador, o la recepción a través del juez en el momento de interpretar la norma aplicable al caso.

Es así que los derechos fundamentales obligan a los particulares sólo de forma indirecta, como decisiones valorativas objetivas que vinculan al legislador y al juez, pues serán las normas de derecho privado las que se relacionan de forma directa con los derechos fundamentales; y no los actos de los sujetos privados. Por ello, los derechos sólo obligan de forma inmediata a los actos de los poderes públicos, y en ningún caso a los particulares¹⁶¹.

Como afirma GARCÍA RUBIO¹⁶², la eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales significa que su vigencia social pasa por la actualización del

¹⁵⁸ ANZURES GURRÍA, José Juan, “La eficacia horizontal...”, *cit.*, p. 19.

¹⁵⁹ MORA SIFUENTES, Francisco M., La influencia de los derechos fundamentales..., *cit.*, p. 1249 y 1250.

¹⁶⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María: “Eficacia entre particulares”, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá / AECID, 9 de mayo, 2011, p. 4

¹⁶¹ VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado... cit.*, p. 114.

¹⁶² GARCÍA RUBIO, María Paz, “La eficacia *inter privatos*...”, *cit.*, p. 301.

legislador mediante la promulgación de normas de Derecho Privado que regulen el ejercicio de los derechos fundamentales.

Mediante esta teoría¹⁶³, se condicionará la operatividad de los derechos en las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado que se encuentre vinculado a estos derechos, respetándolos y haciéndolos respetar. Por lo que corresponde al legislador y al juez concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales mediante la regulación de su contenido y las condiciones de su ejercicio.

En tal situación, esta tesis puede resultar adecuada en aquellos casos en los que se asegura una eficacia suficiente de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, lo que significa que la aplicación de los derechos constitucionales en las relaciones privadas ha de realizarse tomando como presupuesto los instrumentos propios del Derecho Civil¹⁶⁴.

Al respecto, corresponderá al legislador, en relación con el principio de proporcionalidad¹⁶⁵, regular el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares, y, si existiese una laguna o ausencia normativa, será el juez quien debe resolver el caso¹⁶⁶, teniendo en cuenta la influencia de tales derechos como valores, sobre las normas de Derecho Privado. Por ello, puede afirmarse que esta teoría no desconoce que los derechos fundamentales surtan efectos en las relaciones entre particulares, y frente a terceros; sino que se entienden como principios y valores de todo el ordenamiento jurídico. El Estado tiene la obligación de garantizar su protección en las relaciones particulares a través de sus órganos.

Será el mismo legislador quien materialice la eficacia horizontal de los derechos fundamentales teniendo en cuenta los valores objetivos que estos representan, adaptándolos a la naturaleza de las relaciones privadas, y actuando entre el

¹⁶³ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales... cit.*, p. 467.

¹⁶⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, "La eficacia *inter privatos*...", *cit.*, p. 301.
p. 304.

¹⁶⁵ ANZURES GURRÍA, José Juan, "La eficacia horizontal...", *cit.*, p. 19.

¹⁶⁶ GALIANO MARITAN, Grisel y Deyli GONZÁLEZ MILIÁN, "La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho", *en Díkaion: Revista de actualidad jurídica*, Vol. 21, No. 2, Cundinamarca, 2012, pp. 450-454.

contenido esencial de los derechos y la garantía de la autonomía privada para no lesionarlos. Por ello, el juez, de manera subsidiaria, resolverá los conflictos de derechos fundamentales que se susciten entre particulares, bajo la concepción de considerarlos como principios y valores objetivos del ordenamiento jurídico privado, incluso sin mediación de ley¹⁶⁷.

De esta forma, será el poder público y no el privado quien realmente se encuentre obligado por los derechos fundamentales; y en caso de que sea el privado el que se encuentra vinculado, será de forma indirecta, pues los derechos son decisiones valorativas objetivas y no derechos subjetivos que un particular ostenta frente a otro.

Dentro de la eficacia indirecta, para poder obtener la concreción judicial, debe utilizarse siempre la ponderación entre derechos, precisamente por la posición de igualdad de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas. No obstante, lo que se ha venido explicando no es absoluto, por lo errante que resulta el principio de jerarquía normativa constitucional en la ponderación de los derechos.

En suma, la doctrina de la eficacia mediata exige imputar la violación del derecho fundamental a un poder público, normalmente al juez que tramita y resuelve el conflicto, pues no reconoce la violación por parte de un particular a otro. Conforme a la misma, la vulneración de los derechos fundamentales no es imputable al particular, ni tiene origen en una relación *inter privatos*, sino que la ocasiona el juez cuando al aplicar el derecho ordinario para decidir un conflicto entre particulares lesiona derechos fundamentales¹⁶⁸.

Siendo así, aunque la razón de la intervención está dada por el deber de protección, no es loable frente a intrusiones provenientes de terceros, sino que se trata de una protección frente a las restricciones de las libertades iusfundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil¹⁶⁹.

¹⁶⁷ MORA SIFUENTES, Francisco M., La influencia de los derechos fundamentales..., *cit.*, p. 1250.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 1251.

¹⁶⁹ MORA SIFUENTES, Francisco M. La influencia de los derechos fundamentales..., *cit.*, p. 1231.

Los derechos despliegan sus efectos en las relaciones privadas sin intervención del legislador o del juez, en tanto son derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a las violaciones procedentes de sujetos privados¹⁷⁰.

Por ello, la teoría de la eficacia mediata, no es tal (mediata) debido a la intervención de un órgano del Estado, ya sea el legislativo o el judicial; sino en atención a la interpretación que este órgano hace de los derechos fundamentales como valores objetivos del ordenamiento jurídico y por la influencia que, como tales, despliegan en las relaciones jurídico-privadas.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán fue el encargado de desechar esta teoría mediante el establecimiento de una más moderada, que, con el fallo LÜTH, se adhirió por primera vez a la teoría que hoy es la predominante en casi todos los ordenamientos jurídicos, no sólo en la jurisprudencia, sino también en la doctrina.

Teniendo en cuenta lo expuesto, si se realiza un análisis del articulado de la Constitución española, se puede afirmar que en ella no se regula mediante un artículo específico la eficacia horizontal de los derechos fundamentales¹⁷¹, sin embargo, tampoco existe ninguno que lo prohíba, por ello, se impone la necesidad de realizar una interpretación armónica de su contenido, para concluir la existencia de argumentos que sustenten la eficacia horizontal de los derechos.

Llegados a este punto, sería plausible considerar como mejor opción, la tesis de conciliación de ambas teorías, en tanto una como la otra concuerdan en que la ley es el medio idóneo para la proyección horizontal de los derechos fundamentales, y, en caso de falta o ausencia de desarrollo legislativo de determinado derecho fundamental, ambas teorías recurren a la intervención judicial.

¹⁷⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 290 y 291.

¹⁷¹ Sin embargo, el ordenamiento de Portugal, mediante la Constitución de 1976, sí lo reconocen en su artículo 18.1 al establecer: "los preceptos relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a estas". *Vid.* Constitución portuguesa de 1976. Constitución portuguesa, Adoptada por la Asamblea Constituyente, 2 de abril de 1976, Lisboa.

En el caso de la eficacia mediata, el juez considera los derechos como valores objetivos, y desde ahí deducirá la influencia que como tales despliegan en el caso particular. Desde la comprensión de la eficacia inmediata, por el contrario, el juez interpretará los derechos como verdaderos derechos subjetivos y los equipará con base a los principios de idoneidad, necesidad y ponderación *strictu sensu*. Pero en última instancia, lo que importa es que el juez declare el derecho de uno u otro litigante.

Para los defensores de la teoría mediata, la teoría inmediata puede ser subsidiaria de aquella en los supuestos en los que el Derecho Privado no ofrezca ninguna opción, quedando a cargo del legislador el deber de configurar los derechos fundamentales en las relaciones horizontales. Ante la ausencia de previsión legal, se daría paso a la aplicación directa de los derechos en los casos concretos, acudiendo directamente a los derechos fundamentales en defecto de una norma jurídico-privada.

En tal sentido, la verdadera problemática no consiste en que la aplicación de los derechos fundamentales se haga de manera mediata o inmediata, sino que se debe armonizar esa vigencia con la autonomía de la voluntad, que es en definitiva la columna vertebral del Derecho Privado. Nos encontramos entonces en una colisión entre la autonomía de la voluntad y los derechos fundamentales en juego, la que habrá de resolverse mediante una cuidadosa labor de ponderación (que no tiene por qué solucionarse necesariamente a favor de la autonomía de las partes, como sostienen los *iusprivatistas*). La ponderación es por demás, un rasgo común de las dos modalidades de eficacia horizontal, que, atendiendo a las circunstancias del caso, será siempre decidida en última instancia por el juez, que, en palabras de BILBAO UBILLOS¹⁷², es el señor de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, al encontrarse reconocidos en normas constitucionales que despliegan su eficacia a toda la sociedad, se materializan mediante las relaciones civiles, mercantiles, laborales, entre otras. Por ello, es imposible hablar de igualdad o libertad contra el Estado, si ambas, e incluso el

¹⁷² BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales... cit.*, p. 467.

resto de los derechos fundamentales, se desenvuelven en el marco de relaciones sociales, y si estas no se despliegan frente a los particulares, nunca podrán ser reales, ni mucho menos efectivas¹⁷³.

En tal sentido, resulta importante destacar que tanto la eficacia mediata como la inmediata de los derechos fundamentales son dos postulados que no deben excluirse, pues los derechos fundamentales influyen en las relaciones que se establecen entre los particulares, y en ese orden, tienen un efecto frente a terceros o un efecto horizontal.

1.5. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales frente a las relaciones entre los particulares, su reconocimiento jurisprudencial

La problemática en torno al reconocimiento del efecto horizontal de los derechos fundamentales se hace más intensa cuando no está claramente regulada en la Constitución. Sin embargo, cuando la carta magna lo dispone expresamente, estos alcanzan el máximo nivel de aseguramiento y deviene obligatorio para los particulares.

En la actualidad, los ciudadanos se ven sometidos a situaciones de indefensión, generadas por falta de reconocimiento, que nos reconducen a la idea de que, los derechos y libertades no se conciben solamente en relación al poder del Estado, sino que además se relacionan directamente con aquellos poderes privados capaces también de conculcarlos, lo cual implica un cambio esencial en el estudio de la problemática constitucional.

Los derechos fundamentales no se entendieron siempre como derechos oponibles a la acción del Estado, sino también, a las posibles actividades lesivas de los particulares. En este sentido, los derechos fundamentales no se produjeron solo mediante la relación Estado-individuo, sino que aparecieron igualmente en la confrontación privada con la idea de privilegio. Lo que significa que, desde el comienzo, tuvieron una dimensión pública, y también privada.

¹⁷³ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, "Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones particulares...", *cit.*, p. 201.

Los particulares se encuentran vinculados de forma negativa a los derechos fundamentales, desplegando sobre ellos efectos, que como es lógico, no son iguales a los que se producen frente a los poderes públicos. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares también debe ser protegida mediante diversos mecanismos de tutela reconocidos en cada ordenamiento jurídico, cuyo principal objetivo es su defensa¹⁷⁴.

En suma, los particulares, aun y cuando se encuentran obligados por los derechos fundamentales como normas supremas consagradas en el ordenamiento jurídico, no están en la obligación de extender el ámbito de libertad protegido por estos, pues le compete al legislador, como verdadero responsable de la protección de estos derechos, crear los mecanismos concretos con el objetivo de dotar de eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung*).

A continuación, se analizarán algunos supuestos en los cuales se reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en Alemania y España, países que han sido tomados en cuenta como referentes para el reconocimiento posterior que ha tenido este tema en Latinoamérica, y especialmente, en Ecuador.

1.5.1. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en Alemania y España

Los derechos fundamentales que se reconocieron en las constituciones posteriores a la segunda Guerra Mundial se constituyeron como límites a los poderes públicos y también a los particulares, produciendo así efectos frente a terceros, lo que conocemos como eficacia horizontal.

Las constituciones que nacieron después de la Segunda Guerra Mundial incorporan el concepto de estado social de derecho, sin embargo, en los estados liberales, la Constitución se constituía como un límite a la actuación política y los

¹⁷⁴ BASTIDA, Francisco J.; *et. al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales... cit.*, p. 169; DE VEGA GARCÍA, Pedro, "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)", en *Revista Pensamiento Constitucional*, Año IX, No. 9, Madrid, 2004, p. 39.

derechos fundamentales impedían al poder público incidir en las relaciones jurídicas entre particulares.

En la actualidad, con el reconocimiento de los estados sociales y democráticos de derecho, la Constitución reconoce los derechos fundamentales y el Estado tendrá el deber de garantizar el respeto hacia ellos en las relaciones entre particulares. Por ello, si los derechos fundamentales que se reconocen actualmente se materializan en un estado social y democrático de Derecho, se puede afirmar que los derechos fundamentales despliegan sus efectos no solo en las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también en las relaciones entre los particulares.

La doctrina y la jurisprudencia alemana admitieron que los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en la Ley fundamental de Bonn¹⁷⁵ producirían efectos en las relaciones entre particulares, aunque no se niega que la función con la cual nacieron los derechos fundamentales fuera como límites al poder público. Sin embargo, en la actualidad, no se cree que esta hubiera sido únicamente su función, sino que los derechos fundamentales tuvieron desde sus inicios el objetivo de incidir en las relaciones privadas, correspondiéndole al Estado asegurar que tales derechos sean respetados por los ciudadanos en sus relaciones privadas.

La significación de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales es determinada por el Tribunal Constitucional federal¹⁷⁶ cuando refiere:

(...) La influencia de los parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales, cobra especial validez tratándose de aquellas disposiciones de derecho privado que abarcan normas obligatorias (taxativas) y que, por tanto, forman parte del *ordre public* (en sentido amplio); es decir, se trata de principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorias también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares. Esas disposiciones tienen en su finalidad un estrecho parentesco con el Derecho Público y lo complementan. Estas deben exponerse en gran medida a la influencia del derecho constitucional. Para hacer realidad dicha influencia, la Judicatura cuenta –en especial– con las “cláusulas generales” que, como el § 826 BGB, remiten para la valoración de las conductas humanas a criterios externos al derecho civil e incluso extralegales, tales como el de las “buenas costumbres”. Así, para determinar el contenido y alcances de

¹⁷⁵ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania o Grundgesetz ... *cit.*, p. 6.

¹⁷⁶ Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia BVerfGE 7, 198, LÜTH, 15 de enero de 1958.

las exigencias sociales en un caso particular, se debe partir, en primer lugar, de la totalidad de las concepciones axiológicas que el pueblo –en un determinado momento de su desarrollo cultural y espiritual– ha alcanzado y fijado en su Constitución. Por consiguiente, se ha designado con razón a las cláusulas generales como el “punto de irrupción” de los derechos fundamentales en el derecho civil (...)

Seguidamente, se analizarán algunos de los preceptos de la Constitución de España, que después de ser analizados a profundidad, se consideran válidos para afirmar el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque se entiende que la base textual de la Constitución no resulta determinante para afirmar o negar el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, sino que, en nuestro criterio, se trata de una elección de interpretación.

En lo que a ella respecta, se puede decir que el artículo 1.1 reconoce la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores de todo el ordenamiento jurídico español, lo que nos hace recordar la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, y no solo ello, sino que el contenido de este artículo, lejos de restringir los valores superiores al ámbito del Derecho Público, lo que hace es reconocerlos para todo el ordenamiento jurídico y, de esta forma, los derechos que emanan de tales valores han de considerarse de igual forma para todo el ordenamiento jurídico¹⁷⁷.

El artículo 9.1 establece que tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento; con lo cual se entiende que el efecto de estar sujeto tanto a la Constitución como al resto del ordenamiento jurídico, aplica también para los particulares, con lo cual se consolida mediante la letra de la norma una base normativa que reconoce esa vigencia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales¹⁷⁸.

En el artículo 9.2 se señala la obligación de los poderes públicos en aras de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los

¹⁷⁷ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, 1ª edición, 1ª reimpresión, Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 628.

¹⁷⁸ Vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992, p. 113 y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos...”, *cit.*, p. 218.

grupos en que se integra sean reales y efectivas; por lo que puede afirmarse que la exigencia de que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, supone reclamar que sean respetadas no sólo por el Estado, sino también por el resto de los ciudadanos¹⁷⁹. Por ende, se concluye que este artículo también constituye el fundamento para alegar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ordenamiento español.

El artículo 10.1, por su parte, alude a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como el fundamento del orden político y de la paz social, con lo cual se reconoce que si se hace alusión a la dignidad de la persona y al desarrollo de la personalidad, se está reconociendo la aplicación de esta norma a las relaciones entre privados, pues como se ha explicado, los derechos inherentes a la personalidad o personalísimos solo pueden ser ejercidos por los particulares¹⁸⁰.

En estrecha relación con los artículos antes mencionados, puede hacerse alusión a otros que reconocen ciertos derechos que por su naturaleza tienen una mayor eficacia en las relaciones entre particulares. Nos referimos a los derechos personalísimos como el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen regulados en el artículo 18 de la ya citada norma constitucional; así como el derecho a la libertad de expresión del artículo 20; los derechos laborales del artículo 28 y el propio derecho de igualdad reconocido en el artículo 14.

En el caso de los derechos que se han enunciado, la particularidad que tienen es que, por la naturaleza de los bienes jurídicos que se protegen, no sólo los poderes públicos se encuentran en la obligación de respetarlos, sino también los particulares; y la Constitución, al regularlos de forma taxativa, lo que protege es la dignidad de la persona y los derechos que a ella le son inherentes, como son el honor, la intimidad, la propia imagen, la libertad de expresión, entre otros. Con ello, se protegen todos los valores y bienes jurídicos que las normas

¹⁷⁹ Vid. MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis, "El artículo 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales", en *Revista de las Cortes Generales*, No. 40, Madrid, 1997, pp. 111-127.

¹⁸⁰ Constitución Española de 1978.

constitucionales consagran, tanto frente al poder público, como a un particular que pueda vulnerar el ámbito tutelado por los mismos.

Esta explicación encuentra su fundamento no sólo por la forma en que la Constitución ha determinado el contenido de los derechos fundamentales, sino también por los límites que la propia norma suprema les ha impuesto a estos derechos. Por ejemplo, en el caso del artículo 20 numeral cuarto de la Constitución, se establece que las libertades enunciadas en este mismo artículo tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia¹⁸¹.

En el caso del honor, la intimidad y la propia imagen, en cuanto derechos personalísimos, no podrán tener jamás como titular el Estado. Por ello resulta evidente que si los derechos fundamentales en general, y en especial los que son inherentes a la personalidad, reconocidos en el artículo 18.1, constituyen límites a los derechos de libertad de expresión estipulados en el artículo 20, es porque estos derechos son eficaces en las relaciones entre particulares, y los conflictos que de ellos se deriven, solo pueden suscitarse en este tipo de relaciones, ya que los poderes públicos no son titulares de estos derechos fundamentales¹⁸².

La Corte Constitucional de España sobre los límites a los derechos ha establecido:

(...) el derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho fundamental, no es un derecho absoluto, pudiendo su contenido encontrarse delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales, de modo que la intromisión en aquel

¹⁸¹ El artículo 20, numeral 4 de la Constitución establece: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

¹⁸² BELADIEZ ROJO, Margarita, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 21, Madrid, 2017, p. 81.

derecho puede resultar justificada por la concurrencia de otros derechos o bienes constitucionales más dignos de protección dadas las circunstancias del caso¹⁸³.

(...) Ciertamente el derecho a la información, así como la libertad de expresión, al igual que la libertad de creación artística pueden en determinadas circunstancias operar como límite al contenido del derecho a la propia imagen(...)¹⁸⁴.

En ese mismo caso se encuentra la cláusula de conciencia, a la que expresamente se refiere el artículo 20.1. literal d) como una vertiente del derecho a la libertad de información, que solo tendrá aplicación en el ámbito privado, pues difícilmente podrá invocarse esta cláusula frente a un medio de comunicación público¹⁸⁵.

De ahí que pueda concluirse que estos derechos no solo pueden invocarse en las relaciones jurídico-públicas, sino también en las relaciones entre particulares, afirmación que puede contrastarse con la jurisprudencia constitucional que nunca ha dudado en reconocer que los fundamentales son eficaces tanto frente al poder público como frente a otros particulares¹⁸⁶.

Por último, se deben mencionar también los artículos que regulan las garantías de protección de los derechos fundamentales, como el artículo 53.1 que señala: “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo del presente título vinculan a todos los poderes públicos”¹⁸⁷.

En este caso, existen contraposiciones de criterios que niegan el reconocimiento de la eficacia horizontal de las relaciones entre particulares, cuando afirman que este artículo es la más clara expresión de que los derechos fundamentales se

¹⁸³ Tribunal Constitucional de España, Sentencias 81/2001, 26 de marzo, FJ 2 (BOE núm. 104, de 01 de mayo de 2001) y Sentencia 156/2001, 2 de julio, FJ 3 y 6 (BOE núm. 178, de 26 de julio de 2001).

¹⁸⁴ Tribunal Constitucional de España, Sentencias 139/2001, 18 de junio, FJ 4 (BOE núm. 170, 17 de julio de 2001); y 83/2002, 22 de abril, FJ 3 y 4 (BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2002).

¹⁸⁵ Constitución Española de 1978.

¹⁸⁶ Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 de la Constitución es también un derecho frente a los poderes públicos, así como también se extiende a las relaciones entre particulares y puede, por tanto, exigirse frente a este tipo de sujetos, aunque en este caso, el contenido y ejercicio del derecho se someta a determinados límites. *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencias 286/1993, Sentencia 286/1993, 4 de octubre (BOE núm. 268, de 09 de noviembre de 1993); Sentencia 226/2016, 22 de diciembre, FJ 4 (BOE núm. 23, de 27 de enero de 2017).

¹⁸⁷ Constitución Española de 1978.

ostentan sólo frente al Estado, y por tanto, no pueden invocarse ilícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico públicas¹⁸⁸.

En cambio, para otros¹⁸⁹, lo que no existe en el ordenamiento jurídico español es un fundamento para afirmar, de forma absoluta, que los derechos fundamentales solo son oponibles frente a los poderes públicos, como lo hace el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn¹⁹⁰; por el contrario, interpretan que la expresión “los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos”; sin hacer alusión a los poderes privados, no excluye en ningún caso la relación con los particulares.

En conclusión, comparto el criterio de los últimos autores de considerar la regulación jurídica del artículo 53.1 como un ejemplo de norma para aceptar la vigencia de la eficacia horizontal de las relaciones entre particulares, mediante una interpretación integradora y armonizadora de los derechos fundamentales que son directamente aplicables y tutelables judicialmente, a los cuales se atribuye un determinado estatus de libertad, igualdad y dignidad, no solamente frente al poder público, sino con eficacia multidireccional, que parte de la idea, hoy incuestionable, de unidad del ordenamiento jurídico, en el que resulta imposible negar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas¹⁹¹.

Tal es así que en la Sentencia No. 177/1988¹⁹², el Tribunal Constitucional español ha expresado en el fundamento jurídico cuarto:

(...) Ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles

¹⁸⁸ Pueden mencionarse como detractores los siguientes autores: JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Estado social y democrático de derecho*, Diccionario del Sistema Político español, Madrid, 1984, p. 82; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 60; GARCÍA TORRES, Jesús, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO y Carrillo DE ALBORNOZ, “*Derechos fundamentales... cit.*”, p. 48.

¹⁸⁹ Vid. BALLARÍN IRIBARREN, Javier, “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares...”, *cit.*, p. 329; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales... cit.*, p. 211; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales... cit.*, p. 628.

¹⁹⁰ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania o Grundgesetz.

¹⁹¹ SARAZÁ JIMENA, Rafael, “Jueces, Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares”, *Tesis para obtener el grado de Doctor*, Universidad de la Rioja, Biblioteca Universitaria, La Rioja, 2008, p. 258.

¹⁹² Tribunal Constitucional de España, Sentencia 177/1988, 10 de octubre (BOE núm. 266, de 05 de noviembre de 1988).

destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social (...)

Para reforzar el criterio anteriormente expuesto, nos apoyaremos en otras sentencias del Tribunal Constitucional, quien ha reconocido sin dudar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En la Sentencia No. 114/1995, de 6 de julio¹⁹³, queda claro que el Tribunal Constitucional reconoció la eficacia horizontal de los derechos en las relaciones particulares al señalar en su fundamento jurídico segundo:

(...) Ciertamente, el reconocimiento, acertado o no, de un determinado derecho fundamental o de un determinado alcance del mismo por parte de quien tiene competencia para ello puede y de hecho suele tener repercusiones, incluso notables, sobre otros derechos u otros intereses legítimos de otros ciudadanos, o incluso sobre importantes intereses sociales o colectivos (STC 52/1987, fundamento jurídico 3º; STC 148/1994, fundamento jurídico 4º). Pues los efectos de los derechos fundamentales, incluso de los derechos de libertad, rara vez se circunscriben al estricto ámbito de la contraposición entre el poder público y el individuo aislado. Por el contrario, desde su mismo origen, la noción de los derechos, con su consiguiente pretensión de efectividad, supuso una alteración de las relaciones sociales, y no solo del simple modo de ejercicio del poder político (...)

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha adquirido una mayor aplicación práctica y relevancia jurídica en el caso de las relaciones laborales, donde el Tribunal Constitucional ha reconocido que ciertos derechos como los de libertad de expresión, intimidad, libertad sindical, entre otros, limitan las facultades del empleador privado.

Cuando el Tribunal Constitucional declara, por ejemplo, la nulidad de un despido por violación de un derecho fundamental, reconoce expresamente que ese derecho ha sido vulnerado por el empleador en el marco de la relación laboral, no el derecho del trabajador a que el órgano judicial interprete la legislación laboral con arreglo a los valores constitucionales, ni su derecho a la correcta aplicación del sistema de fuentes, incluso, no ha tenido ningún reparo en hablar

¹⁹³ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 114/1995, 6 de julio de 1995 (BOE núm. 184, de 03 de agosto de 1995).

de los derechos fundamentales de los trabajadores o de ciertos derechos fundamentales en su proyección laboral¹⁹⁴.

En este ámbito, encontramos afirmaciones inequívocas, como la que se contiene en la Sentencia No 88/1985, fundamento jurídico segundo¹⁹⁵:

(...) La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a)], y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza, artículo 1 (...)

En otros contextos, fuera del laboral, la sentencia 56/1995 resolvió por primera vez un asunto cuyo objeto era el control judicial de las decisiones de un partido político en materia disciplinaria, en el cual se mantuvo en relación con la presunta vulneración de la libertad de expresión por el órgano del Partido Nacionalista Vasco (PNV) que expulsó a los demandantes, y en el fundamento número quinto alegó:

(...) Este derecho, proclamado en el artículo 20 de la Constitución española es también en esencia, como la mayor parte de los derechos fundamentales, un derecho frente a los poderes públicos (ATC 673/1985). Sin embargo, este Tribunal ha reiterado que su contenido se extiende a las relaciones entre particulares y puede por tanto reivindicarse frente a este tipo de sujetos, aunque en este caso el contenido y ejercicio del derecho se someta a unos límites específicos (...)¹⁹⁶.

¹⁹⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María, “La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: Una visión de conjunto”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 21, Madrid, 2017, pp. 47 y 48.

¹⁹⁵ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 88/1985, 19 de julio de 1985 (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985).

¹⁹⁶ En ese mismo sentido, pueden consultarse las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional español. Sentencias 120/1983, 15 de diciembre (BOE núm. 9, de 11 de enero de 1984); Sentencia 88/1987, 2 de junio (BOE núm.151, de 25 de junio de 1987); Sentencia

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 177/1988¹⁹⁷ ha emitido aseveraciones plausibles en varios de sus fundamentos para fundamentar la vinculación del convenio colectivo, como una norma que no emana de un poder público, al principio constitucional de igualdad; y precisamente esa vinculación acepta el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas:

(...) Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C.E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (...).

Y más adelante en el propio fundamento cuarto establece sobre el principio de igualdad y no discriminación lo siguiente:

(...) Ahora bien, el principio reconocido en el artículo 14 de la Constitución, reflejado luego, aunque con matices propios, en la propia legislación laboral (arts. 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores), no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos. No es ya que el principio de igualdad no se oponga a toda diferencia de trato, como en general ocurre. Ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto este Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas, en el que, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el Convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica (...).

En síntesis, podemos sostener que los derechos fundamentales se constituyen como límites no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a los particulares. Con ello, se genera para el Estado el deber de asegurar que los derechos fundamentales sean respetados por los ciudadanos en sus relaciones

126/1990, 5 de julio (BOE núm.181, de 30 de julio de 1990); Sentencia 86/1993, 4 de octubre (BOE núm. 268, de 09 de noviembre de 1993).

¹⁹⁷ Tribunal Constitucional español, Sentencia 177/1988, 10 de octubre (BOE núm. 266, de 05 de noviembre de 1988).

privadas, con lo cual se evidencia la tesis de que los derechos tendrán una eficacia indirecta o mediata entre los particulares.

1.5.2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en defensa de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales

Cualquier estudio que tenga como objetivo desarrollar de forma exhaustiva la vigencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, deberá referirse obligatoriamente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo adelante (CIDH), porque sin lugar a dudas, es la Corte la que ha construido una base teórica sólida sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en el ámbito latinoamericano.

En este sentido, se defiende la expansión de los derechos fundamentales no solo desde una perspectiva vertical, sino también horizontal, reconociendo su efecto de irradiación directa frente a los particulares. Varios son los ejemplos que dan muestra de ello. Nos referiremos en un primer momento a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, posteriormente, a la jurisprudencia latinoamericana que se ha desarrollado en ese sentido.

El caso Blake contra Guatemala, resuelto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁹⁸, se convirtió en el argumento para afirmar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Se trató de un hecho ocurrido el 26 marzo de 1985, en el que dos ciudadanos estadounidenses, residentes en Guatemala, partieron hacia una pequeña aldea al sur del país con el objetivo de recopilar información para escribir un artículo sobre uno de los sectores de la guerrilla guatemalteca. Ese mismo día fueron interceptados por la Patrulla de Autodefensa Civil de “El Llano”, por la cual fueron asesinados. Algunos años después se conoció que los miembros de esta patrulla cometieron el asesinato después de trasladar los cuerpos a un lugar despoblado, y para no ser descubiertos, incineraron los cuerpos.

¹⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake Vs. Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo).

La Comisión Interamericana sometió el caso a la CIDH con el objetivo de determinar la responsabilidad del gobierno de Guatemala bajo la consideración de que la patrulla de autodefensa civil, actuó como agente del Estado.

En esta ocasión, el gobierno guatemalteco adoptó una posición diferente para evadir su responsabilidad después de haber recibido diversas condenas por casos de desaparición de activistas políticos por miembros de la policía secreta. Entre sus argumentos planteaba que la CIDH en este caso era incompetente para conocer de la desaparición de los ciudadanos estadounidenses, pues se trataba de hechos del Derecho Penal común, y no específicamente un caso de violación de derechos humanos, como son el derecho a la libertad personal y el derecho a la vida.

La CIDH, al tomar una decisión final, consideró que las patrullas civiles actuaban como agentes del Estado al recibir órdenes del ejército de Guatemala, y en ese caso, la aprobación del Estado con respecto a las actividades de estos grupos, extiende sin lugar a dudas la responsabilidad a las autoridades guatemaltecas.

Sin embargo, varias interrogantes se planean sobre la argumentación de la Corte. Este órgano es consciente que en ocasiones resultará imposible demostrar un estado general de impunidad respecto a este tipo de hechos, considerar que las violaciones denunciadas son atribuibles a una política de Estado o, simplemente, acreditar una conexión, por mínima que sea, con los poderes públicos.

La solución para este caso, y otros de similar naturaleza tuvo un intérprete fundamental: el juez brasileño A. A. Cançado Trindade de la CIDH, el que emitió un voto razonado que constituyó la base y la respuesta a seguir para aseverar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Después de adoptada la decisión, la argumentación de Cançado fue seguida por la totalidad de los jueces de la CIDH en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia en el año 2002¹⁹⁹, considerado en aquel

¹⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia, Resolución de 24 de noviembre de 2000.

momento, y aun en la actualidad, un hito en la jurisprudencia interamericana, en el que se admite por primera vez, que las medidas provisionales que puede otorgar la Corte alcancen a una pluralidad de personas que, aunque no se les individualice previamente, sean víctimas de hechos como este.

Dentro de los argumentos de la Corte, es importante resaltar aquel que refiere: la obligación general de respeto de los derechos fundamentales, prevista en el artículo 1.1 de la Convención, para ser eficaz, “se impone no sólo en relación con el poder del Estado, sino también en las relaciones entre particulares (grupos clandestinos, paramilitares, u otros grupos de particulares)”²⁰⁰.

Estos pronunciamientos, a partir del año 2003, fueron tomados en consideración para todos aquellos casos en los que la Corte se pronuncia sobre una lesión de derechos fundamentales ocurrida en una relación entre particulares. A manera de ejemplo pueden citarse los casos de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó contra Colombia²⁰¹; del Pueblo indígena de Kankuamo contra Colombia²⁰²; o en el del Pueblo indígena de Sarayaku contra Ecuador²⁰³. Valga resaltar en este último caso, que el particular que comete la violación no es, como en los casos anteriores un grupo guerrillero o paramilitar, sino una simple empresa: la Compañía General de Combustible de Argentina que se dedica a realizar explotaciones petroleras en tierras de la comunidad indígena Kichwa,

²⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia... cit., Resolución sobre medidas provisionales de 18 de junio de 2002, fundamento 11, y resolución sobre medidas provisionales de 17 de noviembre de 2004, fundamento 13.

²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, Resolución de 6 de marzo de 2003, Considerando 11, y Resolución sobre medidas provisionales de 15 de marzo de 2005, considerando 8. En este caso, se requirió al Estado de Colombia para que adoptara las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad personal de todos los miembros de las Comunidades constituidas por el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó.

²⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo indígena de Kankuamo contra Colombia, Resolución sobre medidas provisionales de 5 de julio de 2004, Considerando 11. En este caso de igual forma se solicitó la adopción de medidas provisionales a favor de los miembros del pueblo indígena Kankuamo respecto de la República de Colombia, con el propósito de que se proteja su vida, su integridad personal, su identidad cultural y su especial relación con el territorio ancestral,

²⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador, Resolución sobre medidas provisionales de 6 de julio de 2004, considerando 10, Sentencia de 27 de junio de 2012.

por lo que se le imputa la violación del derecho de circulación en menoscabo de los miembros de este pueblo indígena.

En estos casos, la Corte insistió en el hecho de que en los Estados parte se encuentran conminados a atender “el amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección (...), caracterizadas por el *jus cogens*, del cual emanan, como normas de carácter objetivo que abarcan a todos los destinatarios de las normas jurídicas, tanto a los integrantes de los órganos del poder público estatal como a los particulares²⁰⁴.

De allí que con algunos de los antecedentes narrados de la temática, para nadie resulte un secreto que las sanciones impuestas a los particulares por la violación de los derechos fundamentales resulte una constante desde el año 2003, fecha en la que, ante la opinión consultiva 18/03²⁰⁵, se reconoce con mayor fuerza la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares²⁰⁶.

Los antecedentes de la opinión consultiva que se suscitó el 10 de mayo del 2002, tuvo como antecedente los hechos ocurridos en marzo del mismo año, en el que el Tribunal Supremo estadounidense decidió, en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*, que un trabajador indocumentado no tenía derecho al pago de salarios caídos o de tramitación, ni a una indemnización, una vez que fuera despedido ilegalmente por haber contribuido a formar un sindicato para mejorar las condiciones laborales. En la fundamentación, el Tribunal Supremo sostuvo que la prohibición de trabajar sin autorización, prevista en la Ley de inmigración, prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato.

²⁰⁴ MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “La Doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos”, en UNED, Teoría y Realidad Constitucional, No. 20, 2007, p. 596.

²⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la condición jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

²⁰⁶ En tal caso, la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas respecto a todos los Estados miembros, hayan o no solicitado dicha opinión, está dada por el carácter obligatorio que tiene dicha interpretación, equiparándose al mismo valor y fuerza jurídica vinculante que el texto del tratado interpretado. *Vid.* Opinión Consultiva 18/03... *cit.*, fundamento 60.

Por esas razones, solo dos meses después del fallo, el gobierno mexicano solicitó la opinión consultiva con el objetivo de que la Corte determinara diversos temas relacionados con la implicación de la interpretación del principio de igualdad, y el deber de respeto de los derechos fundamentales previstos en la Convención Americana.

Ante la compatibilidad de la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales de los trabajadores migrantes ilegales, y la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, uno de los fundamentos que diera la Corte Interamericana a la Opinión Consultiva planteada por México fue la siguiente:

(...) En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares (...)²⁰⁷.

En ese sentido, el Estado deberá responder por la violación de un derecho fundamental cuando esa violación esté “respaldada por alguna directriz o política estatal que propicie la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación en el ámbito laboral”²⁰⁸.

De igual forma, la Corte destacó en ese mismo sentido que aunque la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales ocurre generalmente en la relación de los Estados y los individuos sujetos a su jurisdicción, también deben irradiar de forma obligatoria en las relaciones entre particulares, por lo que los entes privados deben respetar los derechos humanos de sus trabajadores, correspondiéndole al Estado velar por su cumplimiento, pues de lo contrario, resultará responsable de esa violación.

²⁰⁷ Vid. Opinión Consultiva 18/03... *cit.*, fundamento 140.

²⁰⁸ Vid. Opinión Consultiva 18/03... *cit.*, fundamentos 147, 152 y 170.

El principio de igualdad en las relaciones laborales constituidas por particulares, al igual que el resto de los derechos de la CADH, es una norma de *jus cogens*, así lo establece la CIDH, por tanto, conduce al cumplimiento de obligaciones *erga omnes*, y por tanto, incluye tanto a los órganos del poder público, como a los particulares.

Siendo así, la opinión consultiva 18/03, además de disponer de los medios necesarios para evitar o subsanar las vulneraciones de derechos en las relaciones privadas, declara de manera contundente que “los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares²⁰⁹.”

1.5.3. La jurisprudencia latinoamericana en defensa de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales

La discusión sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, ha tenido diferente tratamiento y reconocimiento jurídico en ambos continentes. En el caso europeo, como se ha venido explicando en líneas anteriores, la mayoría de tribunales constitucionales han desarrollado una sólida doctrina en esta materia. En Latinoamérica, la jurisprudencia de las respectivas cortes o tribunales constitucionales sobre la *Drittwirkung* tardó algunos años en instaurarse en, sin embargo, la herencia de Europa ha sido acogida desde hace ya varios años por gran parte de los ordenamientos jurídicos, reconociéndose de esta forma indistintamente el recurso de amparo o la acción equivalente contra los particulares²¹⁰.

La acción de amparo, protección, tutela, según la denominación con la cual se le reconozca, se identifica como una acción constitucional, cuyo objeto es permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de las autoridades públicas,

²⁰⁹ Vid. Opinión Consultiva 18/03... *cit.*, fundamento 151; Resultando quinto.

²¹⁰ Vid. BREWER-CARIÁS, Allan R., *Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos Humanos (Garantías judiciales de los Derechos humanos en el Derecho Constitucional Comparado latinoamericano)*, Unidad Pedagógica y Unidad de Información y Servicio editorial, IIDH, Buenos Aires, 2005, pp. 185-191.

y también de los particulares, cuando vulneren o menoscaben irremediablemente los derechos de cualquier persona²¹¹.

Se trata de un derecho que es ejercido por las personas para que pueda realizar la defensa expedita y efectiva de sus derechos fundamentales. Es dirigida al Estado a través de los órganos jurisdiccionales competentes, los que deben otorgar el amparo o protección jurídica de los derechos fundamentales, con la finalidad de evitar o detener su vulneración, perturbación o amenaza, restableciendo el pleno goce de tales derechos.

En el contexto latinoamericano, con algunas diferencias en el *nomen iuris*, la acción de amparo de los derechos fundamentales está presente en algunos textos constitucionales, que a continuación se analizarán en orden cronológico.

En México, por ejemplo, la acción de amparo se regula dentro del capítulo IV denominado “Del Poder Judicial”, específicamente en los artículos 103 y 107²¹². La Constitución de Nicaragua reconoce dentro del Título IV denominado “Derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense”, la posibilidad de interponer recurso de exhibición personal o de amparo en el artículo 45; y más adelante en el Título X titulado “Supremacía de la Constitución, su reforma y de las leyes constitucionales” en el artículo 188 prevé la posibilidad de establecer recurso de Amparo contra aquellos actos o disposiciones que violen los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política²¹³.

²¹¹ Vid. CARRASCO DURÁN, Manuel, *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 46.

²¹² El artículo 103 de la Constitución mexicana establece: “los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que suscite: I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales (...). Y el artículo 107 dispone: “Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes: I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada; II. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare (...). Y posteriormente, reglamenta con mucha profusión, en qué momento procede el recurso de amparo respecto de todas las decisiones de los tribunales de cualquier índole. La reglamentación parte de la base de que siempre estén agotados el procedimiento normal y la defensa lógica que cabe suponer de los derechos en la jerarquía. Vid. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

²¹³ El artículo 45 establece: “las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de exhibición personal o de amparo, según el caso y de acuerdo con la Ley de Amparo”. Y en el artículo 188: “Se establece el Recurso de Amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de cada acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar

La Constitución de Costa Rica en el título IV denominado “Derechos y Garantías Individuales” reconoce en el artículo 48 el derecho de toda persona al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución²¹⁴. En el caso de Chile, la Constitución reconoce en el Capítulo III denominado “De los derechos y deberes Constitucionales”, artículo 20, el derecho de toda persona a establecer un recurso de protección cuando sufra perturbación o amenaza en el ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos por la propia Constitución²¹⁵.

En la Constitución de Honduras, Título IV, dedicado a “Las Garantías Constitucionales”, se regula en el artículo 183 la garantía de Amparo como el derecho que tiene toda persona para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la Constitución establece²¹⁶. En el caso del Salvador, también se reconoce el derecho para solicitar el Amparo por

los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política”. *Vid.* Constitución Política de la República de Nicaragua de 1948.

²¹⁴ Establece el artículo 48 que: “toda persona tiene derecho (...) al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10”. *Vid.* Constitución Política de la República de Costa Rica, Aprobada por la Asamblea Legislativa, 7 de noviembre de 1949.

²¹⁵ El artículo 20 establece: “que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada. *Vid.* Constitución Política de la República de Chile, Aprobada por la Junta de Gobierno, Promulgado por Decreto Supremo No. 1.150 del Ministerio del Interior, 21 de octubre de 1980.

²¹⁶ El artículo 83 establece: “el Estado reconoce la garantía de amparo. En consecuencia, toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de esta, tiene derecho a interponer recurso de amparo: 1. Para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la Constitución establece; y 2. Para que se declare en casos concretos que un reglamento, hecho, acto o resolución de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por esta Constitución. El Recurso de Amparo se interpondrá de conformidad con la Ley”. *Vid.* Constitución de la República de Honduras, Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, Decreto No. 131, 11 de enero de 1982, p. 9.

la violación de los derechos en el Título IX, denominado “Alcances, aplicación, reformas y derogatorias”, artículo 247, primer párrafo²¹⁷.

Colombia, mediante su Constitución, establece en el capítulo IV denominado “De la Protección y aplicación de los Derechos”, la acción de tutela para determinados supuestos frente a violaciones imputables a los particulares en el artículo 86²¹⁸. En el caso de la Constitución de Paraguay, Capítulo XII denominado “De las Garantías Constitucionales”, se reconoce en el artículo 134 el Amparo como garantía para aquellas personas que se consideren lesionadas gravemente por un acto u omisión declarado ilegítimo²¹⁹.

Por su parte, la Constitución de Guatemala en el Capítulo II denominado “Amparo”, regula en el artículo 265 la procedencia del Amparo para proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos²²⁰. La Constitución de Perú en el título V, denominado “De las garantías

²¹⁷ El artículo 247 establece: “toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución”. *Vid.* Constitución de la República de El Salvador de 1983.

²¹⁸ El artículo 86 de la Constitución colombiana dispone: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. *Vid.* Constitución Política de Colombia de 1991.

²¹⁹ El artículo 134 establece que mediante el amparo: “toda persona que, por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”. *Vid.* Constitución de la República de Paraguay, Aprobada por la Convención Nacional Constituyente, 20 de junio de 1992, p. 42.

²²⁰ El artículo 265 “instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”. *Vid.* Constitución Política de la República de Guatemala, Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, 1985, p. 45.

constitucionales”, establece en el artículo 200, apartado segundo, la Acción de Amparo contra aquellos hechos u omisiones que vulneren o amenacen los demás derechos reconocidos por la Constitución ²²¹.

Para la Constitución Nacional de la Nación de Argentina de 1994, el Capítulo segundo titulado “Nuevos derechos y garantías”, establece en el artículo 43 la posibilidad que tiene cualquier persona para interponer una acción expedita y rápida de amparo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley²²².

En Venezuela se regula mediante el Título III “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes”, artículo 27, el derecho de toda persona a ser amparada ante los Tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, incluso de aquellos que son inherentes a la persona²²³. Así, la Constitución de Bolivia de 2009, en el Capítulo II denominado “Acciones de Defensa”, artículo 128, establece la “Acción de amparo constitucional” contra aquellos actos u omisiones que restrinjan o supriman los derechos reconocidos en la Constitución o la ley²²⁴.

²²¹ Se entiende por acción de amparo “aquella que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”. *Vid.* Constitución Política del Perú de 1993.

²²² *Vid.* Constitución de la Nación Argentina de 1994.

²²³ El artículo 27 de la Constitución establece: “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales. *Vid.* Constitución de la República bolivariana de Venezuela de 1999.

²²⁴ El artículo 128 de la Constitución de Bolivia establece que “la Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. *Vid.* Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia de 2009.

La Constitución de República Dominicana de 2010 establece en el Capítulo II denominado “De las Garantías a los Derechos Fundamentales”, artículo 72, la acción de amparo como la posibilidad que la constitución le ofrece a toda persona para reclamar la protección de los derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares²²⁵.

Por último, debe decirse que la única Constitución latinoamericana que no cuenta con disposición constitucional explícita sobre la materia es la de Uruguay, en la que, el derecho a dicho recurso se considera un derecho implícito que emana del artículo 72 en el cual se precisa que los derechos, deberes y garantías hechas por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad²²⁶; lo cual no quiere decir que no exista en el ordenamiento constitucional uruguayo una acción que proteja los derechos de los particulares, pues existe ley reguladora de tal derecho denominada ley de “Acción de Amparo”²²⁷.

Del análisis realizado puede concluirse, en cuanto a la ubicación estructural que los ordenamientos jurídicos constitucionales le ofrecen a la acción, que gran parte de las constituciones analizadas reconocen la acción de amparo en los capítulos o Títulos dedicados a los “Derechos, deberes y garantías”. Con excepción de algunos, como por ejemplo México, la acción de Amparo se regula

²²⁵ El artículo 72 establece que la Acción de amparo es aquella mediante la cual “toda persona tiene derecho para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades”. *Vid.* Constitución Política de la República Dominicana de 2010.

²²⁶ Se dispone de esta forma en el artículo 72 de la Constitución lo siguiente: “la enumeración de Derechos, deberes y garantías hechas por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. *Vid.* Constitución de la República Oriental del Uruguay, Aprobada por la Asamblea General, 15 de febrero de 1967.

²²⁷ La mencionada ley se dicta para que para que cualquier persona física o jurídica, pública o privada, pueda deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como particulares que lesionen con ilegitimidad manifiesta sus derechos y libertades. *Vid.* Ley No. 16.011, Acción de Amparo, publicada por el D.O. 29 de diciembre/988 - No. 22776.

dentro de un capítulo denominado “Del Poder Judicial”. Por su parte, Nicaragua lo desarrolla dentro del título dedicado a la “Supremacía de la Constitución, reforma y leyes constitucionales”; el Salvador lo hace en el título dedicado a los “Alcances, aplicación, reformas y derogatorias”; Colombia en el Capítulo dedicado a la “Protección y aplicación de los Derechos”; en Guatemala se reconoce en el capítulo dedicado directamente al “Amparo”; y en Bolivia dentro del Capítulo dedicado a las “Acciones de Defensa”.

En cuanto al tipo de procedimiento para la protección de los derechos, puede decirse que en la mayor parte de las constituciones se utiliza el Amparo como el mecanismo para la defensa de derechos de los particulares. En el caso de Chile se reconoce la acción de protección como recurso cuando una persona sufre perturbación o amenaza en el ejercicio de cualquiera de los derechos. En el caso de Colombia se registra la acción de tutela para determinados supuestos frente a violaciones imputables a los particulares, siendo estas últimas más específicas en su contenido a la hora de identificar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En dos de las constituciones analizadas se dispone que la acción se establece a instancia de parte agravada (México y Honduras). De lo cual se infiere que procede cuando las personas hayan sido vulneradas en sus derechos. Y es esta también la posición unánime del resto de constituciones, que, aunque no lo expresen taxativamente, refiere que podrán ejercitar la acción aquellas personas cuyos derechos constitucionales o garantías reconocidas hayan sido violados, por causa de actos u omisiones. Incluso, cuando estén en peligro de serlo, y no solo en el caso de los derechos consagrados en esta Constitución, sino también para aquellos que se consideren fundamentales y que se hayan establecido en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (este es el caso de Costa Rica) para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la Constitución establece.

En cuanto al contenido de la acción, puede decirse que podrá establecerse por cualquier persona, cuando uno o varios de los derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión. No sólo de cualquier

autoridad o servidor público (como en casi todas las constituciones), sino también de particulares (este es el caso de las Constituciones de México, Colombia, Argentina, y República Dominicana); o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (Colombia).

De este análisis se infiere que si bien los sujetos activos son similares para el establecimiento de la acción en todas las constituciones; los sujetos pasivos son más amplios en constituciones como la de Chile, ya que constituyen personas naturales y jurídicas privadas y autoridades públicas. Mientras que, en otras, como por ejemplo México, el sujeto pasivo es sólo la autoridad pública.

En conclusión, puede señalarse que el recurso de amparo tiene como principal objetivo el carácter de derecho subjetivo público que tiene tanto del amparo, como del recurso de protección reconocido en las constituciones analizadas, complementadas con un amplio reconocimiento jurisprudencial de suma importancia, en el que los tribunales tienen la responsabilidad de concretar las normas a los casos, adaptarlas mediante la interpretación a los cambios sociales, y velar por la eficacia de los preceptos constitucionales, sobre todo, en lo tocante a los derechos fundamentales²²⁸.

Dentro del análisis jurisprudencial se citarán aquellas sentencias más relevantes que marcaron un antecedente directo en el tema del reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en países como Argentina, Colombia, Perú, Brasil, Bolivia y Chile.

a) El caso Siri argentino, todo un referente jurisprudencial en materia de protección de libertades constitucionales

Los argumentos expuestos en el ámbito jurisprudencial argentino en la Sentencia del caso SIRI y el caso KOT han sido relevantes y de obligada consulta para el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

²²⁸ En el Estado de derecho se considera que el Estado es uno de los muchos sujetos disciplinados por el Derecho, y es la ley quien determina la posición jurídica del Estado respecto de los demás sujetos jurídicos, con lo cual nada, ni siquiera el Estado, está por encima de la ley. Por tanto, entre el Estado y los individuos se configuran relaciones jurídicas recíprocas reguladas por el derecho y controladas por los jueces. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, 5ta edición, trad. de Marina Gascón, editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 120.

El caso SIRI se inició con una acción presentada por el Señor Don Angel SIRI, quien era propietario del diario Mercedes, en la misma ciudad de Mercedes, provincia Buenos Aires, alegando que el periódico había sido clausurado por la autoridad pública desde comienzos de 1956, “mediante custodia provincial en el local del mismo”, lo que a criterio del accionante vulneraba la libertad de imprenta y de trabajo consagrados en la Constitución Nacional y Provincial de aquel entonces.

El accionante mediante esta acción solicitó que, previo informe del comisario de policía del partido de Mercedes sobre los motivos actuales de la custodia del local del diario, se suministrara lo que correspondía, conforme a derecho y de acuerdo con las cláusulas constitucionales. Una vez requerido el informe por el juez actuante, el comisario de policía informó que, con motivo de una orden recibida de la Dir. de Seguridad de esta policía –al mismo tiempo que se procedió a la detención de Ángel Siri, director-propietario del diario Mercedes–, se cumplió con la clausura del local donde se imprimía el mismo, el cual desde ese momento venía siendo custodiado por una consigna policial colocada al efecto.

Ante la falta de especificación sobre los motivos de la clausura del diario, el juez requirió sucesivamente informe del Jefe de policía de la provincia de Buenos Aires; de la Comisión Investigadora Nacional; y del Ministerio de Gobierno de dicha provincia, todos los cuales manifestaron ignorar las causas de la clausura y la autoridad que la dispuso.

No obstante, en primera y segunda instancia no obtuvo el reclamante la tutela de sus derechos, por lo que recurrió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del recurso extraordinario. El Procurador de la Corte, como era doctrina habitual, consideró que el *habeas corpus* no cubría sino la libertad corporal, motivo por el que entendería que el recurso debía ser desestimado.

El criterio de la Corte fue, sin embargo, bien distinto. Tras inclinarse en favor de que el derecho del Sr. Siri debía ser defendido, la Corte constataba que no estaba ante un recurso de *habeas corpus*, sino ante una acción fundada en las libertades constitucionales reconocidas, sentando con ello la doctrina básica del amparo:

(...) las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas. Cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen tienen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto (...)

(...) Basta con constatar la restricción de un derecho o libertad constitucional para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente, y ello por cuanto que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias (...)

El fallo se aprobó por mayoría, no por unanimidad, pues el Ministro Carlos Herrera, en voto disidente, se inclinó por la tesis tradicional de que en un régimen constitucional como el argentino, la jurisdicción proviene de la ley²²⁹.

b) El caso Kot en Argentina y la defensa de los derechos en las relaciones privadas

En el supuesto del caso KOT, la firma Samuel KOT S.R.L. propietaria de un establecimiento textil, mantuvo un conflicto con sus obreros. Estos llevaron a cabo una huelga que fue declarada ilegal por la Delegación San Martín del Departamento Provincial del Trabajo, la que dispuso de la concurrencia de los obreros a su trabajo dentro de las siguientes veinticuatro horas. Luego de tales acontecimientos, la empresa se negó a reincorporar a los obreros que había despedido, entonces estos y otros compañeros ocuparon la fábrica.

El mismo día de ocupación de la fábrica, el socio-gerente de la empresa, formuló denuncia por usurpación y reclamó la entrega del inmueble, iniciándose el sumario correspondiente, donde el juez, después de avocar el conocimiento del sumario, resolvió sobreseer definitivamente la causa.

El fundamento de esta resolución consistió, en que habiendo sido ocupado el inmueble a causa de la existencia de un conflicto colectivo de trabajo entre la mencionada empresa y su personal obrero, resulta evidente que la ocupación no

²²⁹ Vid. Corte Suprema de la Nación, Buenos Aires, 27 de diciembre de 1957, Caso Ángel SIRI.

tiene por objeto el despojo de la posesión de ese inmueble con ánimo de someterlo al ejercicio de un derecho de propiedad.

El juez de primera instancia resolvió el sobreseimiento definitivo en la causa y no hizo lugar al pedido de desocupación, alegando que se trataba de un conflicto gremial en el que los obreros no intentaban ocupar la fábrica para ejercer un derecho de propiedad y que, por lo tanto, no existía usurpación. Por ello, contra esta sentencia KOT interpuso recurso extraordinario, y la Corte lo declaró improcedente.

Como la denuncia no obtuvo resultados, KOT paralelamente inició otra causa, deduciendo recurso de amparo para obtener la desocupación de la fábrica. Para invocarlo, se tomó como base lo resuelto por la Corte en el caso SIRI; la libertad de trabajo, el derecho a la propiedad y el derecho a la libre actividad; todos estos amparados por la Constitución Nacional. La Cámara no hizo lugar al recurso planteado interpretando que se trataba de un recurso de *habeas corpus*; y finalmente contra esta sentencia interpuso recurso extraordinario.

La Corte falló a favor de KOT, haciendo lugar al recurso de amparo luego de revocar la sentencia de la Cámara de Apelaciones, ordenando que se entregara el establecimiento textil libre de todo ocupante, indicando que la Cámara de Apelaciones se confunde al considerar el recurso invocado por el afectado como un recurso de *habeas corpus*. El interesado interpuso una acción de amparo invocando los derechos constitucionales de la libertad de trabajo; de la propiedad y de la libre actividad, o sea, dedujo una garantía distinta a la que protege la libertad corporal (*habeas corpus*), así fue que la corte ratificó lo resuelto en el caso SIRI (en este último la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública; y que, en el caso en cuestión es causada por actos de particulares)²³⁰.

En este supuesto, la sentencia de la Corte Suprema de la Nación argentina estableció entre sus principales fundamentos el siguiente:

(...) Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos, esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Y añade: Además de los

²³⁰ Corte Suprema de la Nación de Buenos Aires, Sentencia de 5 de septiembre de 1958 en los autos "KOT, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus".

individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. Estos entes colectivos representan una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales (...)

Del análisis de ambos precedentes jurisprudenciales, la Corte se basó en un criterio práctico que sirvió para crear un verdadero instrumento eficaz y útil en defensa de los derechos humanos en casos de amenazas actuales e inminentes, que luego fue utilizado por los restantes Magistrados en cada caso de acuerdo a las circunstancias.

Por ello, la doctrina y la jurisprudencia han tenido que suplir la falta de regulación expresa de los derechos fundamentales entre los particulares, tomando en consideración que la intervención del Estado es limitada en aquellos supuestos en los que las lesiones provienen básicamente de la acción de los particulares, pues existen derechos fundamentales que solo colisionan en las relaciones *inter privados*.

Como conclusión del caso KOT puede afirmarse que se trata de uno de los ejemplos más paradigmáticos cuando se hace alusión a las relaciones privadas y al principio de autonomía de la voluntad que en ellas rige. Precisamente, en razón de esa autonomía, es que se ha permitido el cambio, en el marco de las relaciones privadas, de aquellas pretensiones desde el ámbito constitucional que amparan los derechos fundamentales.

Resulta una realidad a todas voces, que el Estado constitucional no funciona desde la uniformidad en las relaciones privadas que exige la autonomía de la voluntad, pues desde situaciones privadas se pueden vulnerar los derechos y libertades de aquellos que en la relación jurídica ocupan las posiciones más débiles. De allí que se reconozca una tendencia generalizada doctrinal, jurisprudencial e, incluso, legal, que admite la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales²³¹.

²³¹ DE VEGA GARCÍA, Pedro, la eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la "*Drittwirkung der Grundrechte*", en Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 46, Lima, diciembre 1992, p. 366; QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, *El recurso de amparo... cit.*, p. 104.

c) La contaminación sonora como causa de vulneración de derechos. Su tratamiento en un caso colombiano

Otro caso suscitado fue mediante la Sentencia No. T-357/95, en el que una señora interpone acción de tutela contra los propietarios y administradores de un lugar de diversión llamado “El Cerro Musical”, ubicado frente a la vivienda de la peticionaria, por el alto volumen de la música fuera de las horas permitidas al establecimiento en mención, el escándalo continuo por la conducta de las personas borrachas, y las escenas indecorosas protagonizadas por los mismos.

La accionante también interpone la tutela contra las mencionadas autoridades alegando que sus derechos fundamentales se han visto violados por los acusados como efecto de la omisión de las autoridades de policía de Manizales, quienes no han tomado las medidas suficientes y eficaces para impedir la conducta enjuiciada, a pesar de los constantes requerimientos de la peticionaria y de la comunidad en general. Por ello, sostiene que el comportamiento acusado vulnera sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la paz y a la armonía social. En ese orden de ideas, solicita la clausura definitiva del establecimiento en mención y de cualquier negocio similar o peor que allí se establezca.

El Tribunal revocó la sentencia del *a quo*, y en su lugar, concedió la acción alegando que el caso se encuadra dentro de los supuestos de la tutela contra particulares; pues en este supuesto específico los particulares acusados están ocasionado un daño al interés público, específicamente al medio ambiente; y, de igual manera, la solicitante se encuentra en una situación de indefensión frente al particular, porque en el proceso se han presentado omisiones administrativas en el control de la conducta enjuiciada que han dejado a la accionante sin protección jurídica²³².

²³² Vid. Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia No. T-357/95, 9 de agosto de 1995 (Acción de Tutela contra particulares).

d) La libertad religiosa, un debate judicial sobre su protección en el ámbito laboral en Colombia

Se trata de un hecho ocurrido en Colombia, mediante el cual una trabajadora presentó una acción de tutela contra Cafamaz, por considerar que la decisión del director administrativo de dicha entidad de adicionar una jornada laboral de tres horas los sábados, viola sus derechos a la libertad religiosa y al trabajo, y los derechos a la salud, la educación, la subsistencia y la vida de su hija y de su madre, quienes dependen de ella²³³. Además, esta imposición atentaba contra las creencias religiosas de la trabajadora, que pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, debiendo respetarse ese día para la adoración del Señor. No obstante, la demandante solicitó mediante una carta al empleador solicitando la modificación del horario establecido los sábados, alegando en ella que:

“(...) le sugiero encarecidamente me deje laborar de 07 a 12½ de lunes a viernes y el día jueves de 2 a 6½ de la tarde; o el horario que usted crea conveniente que no sea el sábado. Esto se debe a que el día sábado me es imposible asistir, ya que yo pertenezco a una religión denominada Adventista del Séptimo Día en la cual Adoramos a un Dios que nos pide que santifiquemos el día sábado. Éxodo, capítulo 20, versículo 08”.

Ante tal pretensión el empleador respondió “Esta Dirección considera no viable su petición. Razón que deberá tenerse en cuenta para no ausentarse del sitio de trabajo en la nueva jornada”.

La trabajadora, ante la inminencia de su despido, interpuso acción de tutela en contra de Cafamaz, ante el Juez Civil Municipal de Leticia, Amazonas. Posteriormente, después de su tercera ausencia los sábados, la trabajadora fue despedida sin justa causa, razón por la que Cafamaz puso a disposición de ella su liquidación, la cual contemplaba un monto a título de indemnización. En mérito de ello, en primera instancia, el Juzgado Primero Civil Municipal negó el amparo solicitado, aunque reconoció que están en juego los derechos fundamentales de la demandante, señaló que a su parecer el caso que se presenta “no es más que el producto de una modificación al reglamento de trabajo sin consultar realmente el consentimiento de los trabajadores,” y que (...) en su concepto, por lo tanto, el

²³³ Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-982/01 de 13 de septiembre de 2001.

caso se soluciona mediante el pago de la indemnización por despido sin justa causa por parte de la entidad demandada (...).

Posteriormente, la demandante impugnó el fallo de primera instancia ante el Juez Primero Civil Municipal, sosteniendo que el fallo es erróneo, al centrar el análisis en el pago de la indemnización por la cancelación de su contrato, y no en la violación de sus derechos fundamentales, en especial la libertad religiosa. Al respecto sostiene: “Interpuse la acción de tutela no como una forma de obtener el respeto por los derechos económicos que se desprenden del contrato suscrito con Cafamaz –como que para la fecha no era titular de ellos, pues aun trabajaba para la caja– sino para proteger mi derecho fundamental a la libertad religiosa, vulnerado con la conducta de ese momento del nominador, como era la modificación inconsulta e ilegal del horario de trabajo”.

Manifestó también que acudió a la justicia siendo funcionaria de Cafamaz, exponiendo que, como miembro de la iglesia adventista, por disposición del Gobierno Nacional en desarrollo del precepto constitucional, pude disponer del día sábado para el cumplimiento de los mandatos y doctrina de dicha Iglesia y que, por lo tanto, el acto del Director Administrativo de la Caja le está impidiendo hacer uso de dicho día, vulnerando así su derecho a la libertad religiosa.

En sentencia de segunda instancia se confirmó nuevamente el fallo de tutela de primera instancia bajo el argumento que: “Por ninguna parte de lo aquí examinado, se encuentra que el Director Administrativo de Cafamaz haya violado el derecho fundamental a la libertad de cultos consagrado en el artículo 19 de la Constitución Política porque él solamente se propuso fue (sic) un cambio de horario en la relación laboral en términos generales para todos los trabajadores que allí laboran y no en forma individual y con relación a la actora. Tampoco se encuentra demostrado dentro del plenario la violación al derecho a la salud y a la vida de la peticionaria, así como al trabajo, por el contrario, por su incumplimiento en sus labores contractuales, la demandada le pasó en varias oportunidades memorandos que fueron desatendidos, por lo que debe atenerse a sus consecuencias”²³⁴.

²³⁴ *Idem*.

En conclusión, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución, decidió revocar la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Leticia, Amazonas, en el proceso de la acción de tutela de la demandante contra Cafamaz y dispuso tutelar el derecho a la libertad religiosa de Ana Chávez Pereira, y en consecuencia ordenar a Cafamaz reintegrar a la demandante a su trabajo, en el término de 48 horas, una vez notificado el fallo.

e) La libertad de cátedra frente a las libertades religiosa y de conciencia. Un ejemplo de ponderación judicial en Colombia

En la Sentencia 800/2002 de la Corte Constitucional de Colombia, se resolvió la acción de tutela formulada y presentada el 13 de marzo de 2002 por un profesor, contra la Institución Zoraida Cadavid de Sierra, con el fin de que se protejan transitoriamente sus derechos fundamentales al trabajo, a la libertad de cátedra y al debido proceso, que considera vulnerados por aquella, a quien se despidió por haber recomendado a sus alumnas del último año de bachillerato la lectura de “El Decamerón”.

Según el colegio, la decisión del profesor resultaba contraria al ideario del centro por tratarse de un libro no apropiado para menores de edad, por su contenido erótico. Sin embargo, la Corte consideró que, al tratarse de una obra de la literatura universal, su lectura resultaba adecuada en el contexto de la clase de Filosofía y la elección de la obra por el profesor se enmarcaba en el ejercicio de su derecho a la libertad de cátedra y no vulneraba la libertad ideológica del centro ni de las alumnas, que tenían la edad suficiente para leer esta clase de literatura, sin que se hiriera su sensibilidad.

En el presente caso se plantea un conflicto entre la libertad de cátedra invocada por el señor Danis de Jesús Cueto Vanegas, y la libertad religiosa y de conciencia invocada por las directivas del plantel educativo privado.

La Corte, ni siquiera consideró necesario proceder a la ponderación de los derechos en conflicto para declarar la nulidad del despido, al entender que no se había lesionado la libertad de conciencia de nadie y no había, por tanto, colisión

de derechos, sino violación de los derechos del profesor por parte del centro. Una interpretación más que discutible. En esta misma sentencia, la Corte constató también la violación del derecho fundamental al debido proceso, por no haber dado al profesor la oportunidad de conocer previamente la causa del despido y poder refutarla. La potestad disciplinaria del empleador se encuentra sometida al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, específicamente al debido proceso. En otras palabras, cuando un particular tiene la posibilidad de aplicar sanciones o castigos, está obligado por la Constitución a observar las reglas del debido proceso. En efecto, la Corte Constitucional viene sosteniendo desde sus primeras sentencias que el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución es directamente aplicable en este tipo de procedimientos disciplinarios.

La Corte Constitucional colombiana protegió la libertad de cátedra del profesor otorgándole la tutela de los derechos fundamentales de libertad de cátedra, debido proceso y trabajo, contra la Institución Zoraida Cadavid de Sierra y ordenó a dicha institución a que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del día siguiente al de comunicación de esta sentencia, se reintegre al profesor al cargo que desempeñó en dicha entidad hasta el 15 de Febrero de 2002, y le reconozca y pague los salarios y las prestaciones sociales dejados de percibir entre esa fecha y la del reintegro.

f) La discriminación racial, la experiencia de una colombiana y la respuesta de la Corte

Para citar un ejemplo reconocido en la jurisprudencia colombiana, podemos referir la Sentencia T-131 del 2006²³⁵ en los que una empresa multinacional de finanzas DELOITTE envió una Comisión de personas para trabajar en Colombia, y una vez terminadas las actividades, una ciudadana colombiana de tez morena, profesional en contaduría y Coordinadora Regional en Centro América y el Caribe, a quien se denomina la actora, se dispuso con gesto delicado a enseñarles la belleza de la ciudad de Cartagena. El 2 de julio de 2005, se desplazaron a la calle Arsenal, ubicada en el centro de la ciudad, donde se

²³⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-131/06, 23 de febrero de 2006.

encuentran las diferentes discotecas de la ciudad, y sobre las 10:00 pm, se dirigieron a la discoteca “La Carbonera”, en la que el guardia de seguridad les negó el acceso con la excusa de que: “que, para poder entrar, tenían que tener una reservación y que, además la discoteca se encontraba llena”. De allí se dirigieron a la discoteca Qka-yito, en la cual sorprendentemente recibieron el mismo argumento utilizado en La Carbonera y obviamente tampoco les fue permitida la entrada.

Después de transcurrido un tiempo razonable, en el que creyeron que quizás ya la Discoteca “La Carbonera” podía estar más desocupada, después de la insistencia que le realizaron al portero, este les confesó: “aquí los dueños del establecimiento nos tienen prohibido permitir el ingreso de personas de tu color, a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o mucho dinero”. La vergüenza frente a sus colegas y el hecho de sentirse discriminada en su propio país por el hecho de ser de raza negra, vulneró abiertamente los principios propios de la Constitución Política y los derechos fundamentales allí consagrados.

En este supuesto, la actora solicitó la protección de sus derechos de igualdad y honra, en tanto los actos de ambas discotecas comportan un trato discriminatorio al no permitirle el ingreso por ser una persona de tez negra, solicitando la protección de sus derechos fundamentales.

En primera instancia, a la actora se le denegó la tutela solicitada, considerándose que, si bien la accionante no tiene la carga probatoria para acreditar la existencia de la discriminación, debió demostrar la ocurrencia de los hechos, y en este caso solo se constrictó a demostrar el día y la hora sin existir una constancia real de lo alegado, existiendo debilidad probatoria en cuanto a los hechos.

Posteriormente, en segunda instancia, el tribunal no compartió la decisión tomada por el *a quo*, quien le dio prelación al testimonio del portero de la discoteca, que a su vez, se encuentra en una relación de subordinación con la misma, quien alegó que los parámetros para la restricción de la entrada a las discotecas se encontraban ajustados a derecho, señalando que entre ellos no se incluye la discriminación de personas por razones de tipo racial, restándole

importancia a lo manifestado por la actora, que es colombiana natural de Cali-Valle, de tez negra, a quien le fueron vulnerados sus derechos, prohibiéndole el ingreso a la discoteca por su color de tez, sin tener en cuenta los antecedentes de los establecimientos accionados respecto al trato discriminatorio frente a las personas de color.

La Corte agregó en su fundamentación que usar parámetros como el color de la piel para permitir el ingreso a las discotecas, implica que los dueños intentan, en virtud de sus prejuicios y aires de superioridad, que sólo ingresen personas blancas al mismo (apartheid), o que si son de raza negra sean famosas o de mucho dinero. Por esta razón, el fin que se persigue con esta medida es contrario a la luz de la Constitución.

La Corte Constitucional mediante revisión confirmó la decisión de segunda instancia, ordenando a las empresas demandadas que en próximas oportunidades se abstengan de impedir el ingreso a estos lugares públicos de diversión nocturna por razones de raza, tutelando así los derechos de la actora a la igualdad y a la dignidad humana.

g) Un pronunciamiento jurisprudencial peruano relativo a la protección de derechos laborales

En Perú, los recurrentes, en fecha 29 de mayo de 2000, interponen acción de amparo contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud de la aplicación de un Plan de Despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas. Entre las alegaciones sostienen que se han vulnerado los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la libertad sindical y a la tutela jurisdiccional efectiva de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A, dado que esta ha iniciado una política de despidos masivos con el propósito del despido de la totalidad de trabajadores sindicalizados.

La Sentencia de 11 de julio de 2002²³⁶ se cuestionó el despido unilateral del que habían sido objeto los miembros del sindicato recurrente y se alegaba la lesión del derecho al trabajo y la libertad sindical. El Tribunal, una vez analizado el caso, constató que se trataba de un caso de eficacia horizontal y que debía ser abordado en ese contexto. El efecto horizontal de los derechos fundamentales es expresado en estos términos:

(...) La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución, "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional (...)

h) Otro ejemplo peruano de protección judicial a los derechos laborales

Otro caso fue el de la Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, en el caso Llanos Huayco²³⁷, en el que se resuelve la demanda presentado por don Eusebio Llanos Huasco, quien interpone acción de amparo contra telefónica del Perú S.A. solicitando se deje sin efecto legal la Carta Notarial de fecha 6-02-2001, por considerar que vulnera su derecho constitucional al trabajo, por la que, licita su inmediata reposición en el puesto que venía desempeñando.

La sentencia representó el pináculo de una nueva línea jurisprudencial en relación con los despidos arbitrarios que entrañan una violación de derechos constitucionales, seguida por la doctrina del despido radicalmente nulo acuñada en su día por el Tribunal Constitucional español. Aunque esta resuelve una controversia laboral entre los particulares, analiza extensamente la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. A su juicio, un particular cuestiona que otro particular, Telefónica del Perú S.A., afecte sus derechos

²³⁶ Tribunal Constitucional de Perú, Expediente No. 1124-2001-AA/TC, 11 de julio de 2002.

²³⁷ Tribunal Constitucional de Perú, Expediente No. 976-2001-AA/TC, 13 de marzo de 2003.

constitucionales. Tal controversia, si desde una perspectiva laboral podría caracterizarse como un conflicto que involucra a un trabajador con su empleador; desde una perspectiva constitucional, en su versión sustantiva, se encuadra en la problemática de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. En tal sentido, considera el Tribunal peruano que:

(...) los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada (...)

(...) esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1º de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (...)

Por último, esta misma sentencia alude al argumento procesal de la legitimación pasiva. Señala además que esta circunstancia se orienta también en la dirección del efecto *inter privados*. En ella se sostiene que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones y omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privados* y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos.

Constatada la existencia de un despido arbitrario, no bastaría con ordenar el pago de una indemnización, lo que procede es la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo. Porque en este cauce no se discute simplemente la existencia de una justa causa de despido, sino la presencia de una motivación ilícita, la vulneración de un derecho constitucional como factor determinante de la decisión empresarial: lo que se protege no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el pleno disfrute de sus derechos fundamentales.

Por ello, se considera radicalmente nulo el despido de un trabajador por su condición de afiliado a un sindicato o su participación en actividades sindicales, o motivado por su sexo, raza, religión u opinión política.

i) Un pronunciamiento en pos de la protección de derechos en una relación *inter privatos* en Brasil

En Brasil, una de las sentencias emblemáticas fue la dictada en octubre de 2005 por el Supremo Tribunal Federal, en el caso Unión Brasileña de Compositores (UBC) en la que se trataba de dilucidar si era posible la aplicación de las garantías de defensa y del debido proceso al procedimiento seguido para expulsar a un miembro de la UBC, una asociación sin ánimo de lucro. En su Voto Particular concurrente, el Ministro GILMAR MÉNDES defendió con toda claridad por primera vez en la historia del Supremo Tribunal Federal, la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Los principios constitucionales garantizan el respeto a los derechos fundamentales de los socios operando como límites a la autonomía de las asociaciones y, por tanto, no puede ejercerse ignorando tales derechos. En este caso, además, la asociación desarrollaba una actividad cuasi-pública y gozaba de una posición de dominio en un determinado ámbito social y económico, en la medida en que gestionaba el cobro de los derechos de autor de sus miembros. El socio excluido no podía percibir los derechos de autor que le correspondían y que constituían su único medio de subsistencia, de modo que la vulneración de las garantías procesales en el procedimiento de expulsión (en el que el afectado no tuvo la oportunidad de defenderse) acaba restringiendo su libertad de ejercicio profesional.

j) La importancia del respeto a la privacidad y su conexión con otros derechos, una mirada desde el Tribunal Constitucional boliviano

En Bolivia, la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de abril de 2006²³⁸ estimó la demanda de amparo presentada por Ana Marconi, quien hacía ya algún tiempo había sido diagnosticada con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), desarrollando a pesar de ello sus actividades normalmente, sin divulgar

²³⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional 0401/2006-R Sucre, 27 de abril de 2006 Expediente:2005-12102-25-RAC.

su enfermedad en sus relaciones sociales, ni en su fuente laboral, justamente por la ignorancia y los prejuicios existentes en la sociedad.

La recurrente, quien se desempeñaba como camarera del hotel, alega que un compañero de trabajo reconoció los síntomas, comunicándole a su jefa sus sospechas, y siendo interrogada posteriormente, y aunque ella guardó silencio, su jefa inmediata acudió a la Caja Nacional de Salud, quienes dieron a conocer su padecimiento, vulnerando normas nacionales e internacionales que protegen a las personas que viven con el VIH y violando la confidencialidad sobre su verdadero estado.

A consecuencia de ello, fue objeto de discriminación por los responsables del hotel donde venía trabajando, quienes además la despidieron mientras se encontraba en situación de baja médica, suspendiéndole el seguro por ese tiempo, tal como expresaron en las audiencias conciliatorias ante la Dirección del Trabajo.

Esta revelación fue considerada por el Tribunal como una evidente vulneración de normas nacionales e internacionales que protegen a las personas portadoras de VIH, así como un incumplimiento de la normativa interna sobre el particular, que prescribe la estricta confidencialidad que deben observar los respectivos seguros sociales, a los que les está vedado informar al empleador sobre el estado de salud de los pacientes. Se había vulnerado, pues, entre otros, su derecho a la privacidad.

k) Pronunciamiento de la justicia constitucional de Chile ante la discriminación legal por cuestión de sexo y edad

Con fecha 26 de junio del 2008, se origina una sentencia por el Tribunal Constitucional chileno en el caso denominado “la Ley de Isapres”²³⁹ como respuesta al requerimiento de inaplicabilidad presentado por Silvia Peña Wasaff, una cotizante que al cumplir 60 años, vio alterado el precio de su plan de salud

²³⁹ Ley No. 18.933, Ley de Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES), Aprobada por la Junta de Gobierno de la República de Chile, Boletín No. 1007-11), de 12 de febrero de 1990.

por razones de edad o sexo, respecto del artículo 38 de la Ley No. 18.933, conocida como Ley de Isapres²⁴⁰.

Según la requirente, el alza del precio base del plan de salud infringiría la regulación legal vigente en la materia y vulneraría las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y el derecho de propiedad. Entre sus argumentos, la requirente señaló que el legislador autorizó a las Isapres, a realizar distinciones arbitrarias en el trato en base a categorías como el sexo y la edad para aumentar los precios de los contratos en base.

En concreto, tal como argumenta el fallo, la requirente impugna el precepto por dos materias que regula la norma. La primera es la atribución que la norma concede a la Isapre para fijarle un nuevo precio al plan de salud, aplicando para ello la tabla de factores. La propia tabla explica el fallo considerando rubros tales como el género y la edad, distinción esta última que, en la situación singular de la requirente, ella estima constitucionalmente insostenible.

Adicionalmente, la requirente considera inconstitucional que la Isapre pueda determinar los factores sujeta únicamente a las limitaciones que establece la ley. Ello por cuanto la tabla que correspondía aplicarle permitió, a su juicio, “un alza desproporcionada del factor que afecta a la requirente y, a raíz de ello, del costo de su plan de salud (lo que) la ha dejado en la imposibilidad de pagar y, con ello, de mantenerse en el sistema de salud por el cual había optado”.

Ante estas alegaciones, el Tribunal Constitucional decidió entrar a analizar si el precepto en cuestión, y más precisamente, las tablas de factores que este origina, “produce o no los efectos contrarios a la Constitución aducidos por la requirente, a saber, el quebrantamiento de la igualdad ante la ley; del derecho a la libre elección del sistema de salud y del derecho de propiedad”.

La jurisdicción constitucional chilena en el caso de la Ley de Isapres reiteró el principio orientador de los derechos fundamentales denominado “la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. De esta forma alega que:

²⁴⁰ Tribunal Constitucional chileno, Sentencia Rol No. 976-2008, fecha 26 de junio de 2008.

“(…) cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos”.

Cuando nos encontramos frente a supuestos de vulneración de los derechos fundamentales, ya se trate de actos de órganos del Estado o de particulares, la supremacía del Derecho se convierte en una cuestión trascendente. En tal sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en el caso de la Ley de Isapres, diciendo que:

“(…) el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que, a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible”²⁴¹.

Como colofón, el Tribunal fundamenta sus argumentos en dos cuestiones que constituyen el objeto de la presente investigación: la eficacia horizontal de los derechos (*Drittwirkung* alemana), y la fuerza normativa directa que emana de la Constitución. En el primer supuesto, la fundamentación se sostiene en el hecho de que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación les atañe también a los particulares. Y en el segundo, significa que lo expuesto en los considerandos de la sentencia resultan coherentes con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental.

Después del análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la Ley de Isapres se puede concluir, como no podía ser de otra forma, la existencia de un orden público objetivo configurado por los derechos fundamentales, derechos que anteceden al orden jurídico de cualquier ordenamiento.

²⁴¹ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Principio de Solidaridad y Derecho Privado: Comentario a una Sentencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 14, No. 2, Santiago de Chile, 2008, pp. 593-610; BATES, Luis, “Sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable norma de la ley de ISAPRES y derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 5, Santiago de Chile, 2009, pp. 165-172.

En la sentencia de la Ley de Isapres se acoge expresamente el principio de solidaridad, manifestado para este caso a través de la protección y garantía de los derechos sociales, específicamente el derecho que tienen todas las personas a disfrutar del mejor nivel posible de salud física y mental.

De igual forma, el Tribunal Constitucional reconoce el principio de supremacía de los derechos fundamentales en la cúspide del sistema jurídico del ordenamiento de Chile, con fundamento en el espíritu, los valores y principios de la Constitución, además de su letra, como elementos componentes del parámetro de constitucionalidad.

Mediante esta actuación de los jueces, se deja trazado el modelo a seguir por el Estado para la aplicación de las políticas legislativas y públicas, concretamente desde el ámbito social, para que, en el proceso de toma de decisiones, se aborde una visión protectora de los derechos humanos.

Con ello, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que seguirá asegurando y protegiendo los derechos de todos los ciudadanos, limitando las actuaciones desproporcionadas de los más fuertes e imponiéndole a los órganos del Estado el deber de velar porque la justicia sea hecha, en términos de respeto y garantía de los derechos fundamentales.

En conclusión, el análisis legal y jurisprudencial realizado, evidencia que las estrategias de defensa de cualquier derecho fundamental deben ser planteadas y defendidas en términos prácticos, recurriendo cuando corresponda ante los Tribunales Constitucionales para plantear la correspondiente acción de protección como la vía adecuada para alcanzar la justicia en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por ejemplo, en México, la Sentencia 15/2012²⁴² desarrolla la posible vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares reconociendo que:

(...) la formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta

²⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia 15/2012, aprobada por la Primera Sala el 12 de septiembre de 2012.

a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil (...)

Afirma la Suprema Corte que la Constitución:

(...) no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable (...). Para responder esta cuestión, afirma que los derechos fundamentales tienen como función ocupar una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento.

En ese sentido, la doble función de los derechos fundamentales en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. No obstante, esa vigencia no se puede sostener de forma predominante sobre todas las relaciones que ocurren en el derecho privado, pues en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete, por lo que según la estructura y contenido de cada derecho se podrá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y cuáles gozan de la pretendida multidireccionalidad.

Recientemente, podemos hacer alusión a la tesis de jurisprudencia 37/2016, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de México ²⁴³, en virtud de la cual se alegó que

(...) la dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica (...). En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.

Como se pone de relieve, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a

²⁴³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia 37/2016, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte en su sesión de 10 de agosto de 2016.

favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida esta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

1.6. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en Ecuador

Para el Derecho Constitucional, el neoconstitucionalismo, entendido por ATIENZA como un nuevo paradigma constitucional²⁴⁴, fue acuñado en la década de los años noventa, entendiéndose por tal aquella expresión que resume nuevas tendencias conceptuales, criterios de regulación jurídica y posiciones jurisprudenciales que manifiestan nuevos paradigmas de interpretación constitucional.

La aprobación de la Constitución de la República de Ecuador de 2008 constituyó un momento trascendental que marcó un hito importante en la historia del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”²⁴⁵. Y no solo en Ecuador, sino también en Colombia²⁴⁶ Venezuela²⁴⁷; y Bolivia²⁴⁸, en el que los cambios constitucionales

²⁴⁴ ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 309.

²⁴⁵ La evolución del constitucionalismo se ha producido recientemente, y como afirma Carbonell, en esa evolución se ha podido definir sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, específicamente a partir del final de la segunda guerra mundial (...), y desde ese momento, el constitucionalismo ha ido evolucionando desde varias aristas (...). Cuando hablamos de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se hace referencia a dos aspectos que deben tenerse en cuenta y estudiarse por separado, por una parte (...) a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado paradigma del Estado constitucional; y por otro, con el término neoconstitucionalismo, se hace alusión a la denominada Teoría del Derecho en la que se han producido importantes cambios, considerados positivos y plausibles. *Vid.* CARBONELL, Miguel “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo*, editorial Trotta, Madrid, 2003, pp. 9 y 10.

²⁴⁶ Constitución Política de Colombia, Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, 6 de julio de 1991.

²⁴⁷ Constitución de la República bolivariana de Venezuela, Aprobada por la Asamblea Constituyente, 30 de diciembre de 1999.

²⁴⁸ Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia, Aprobada por la Asamblea Constituyente, 7 de febrero de 2009.

incidieron en la legitimidad democrática de sus ordenamientos jurídicos, y de ese proceso, cada uno de ellos resultó fortalecido²⁴⁹.

Sin embargo, afirma GARGARELLA²⁵⁰, no puede hablarse de un constitucionalismo totalmente nuevo, porque en este no se evidencian cuestiones novedosas en lo que respecta al “viejo constitucionalismo”.

El “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, que surge en los finales del siglo XX, no trajo consigo importantes cambios al viejo modelo tradicional, sino que las Constituciones latinoamericanas que se forjaron en esa época, se mantienen en correspondencia con el modelo originario en el que concebían anteriormente las constituciones. De una parte, la estructura de poderes que continúa respondiendo a concepciones verticales y restrictivas de la democracia, como las que primaban en el siglo XIX; y de otra, aquella que se relaciona con la estructura de derechos reconocidos en los comienzos del siglo XX.

A esta estructura, el nuevo constitucionalismo le agregó solo algunos cambios, como por ejemplo los que facilitaron reelecciones presidenciales, y, además, aquellos que ampliaron los derechos reconocidos en la Constitución, incluyendo los derechos de los pueblos indígenas, así como los derechos multiculturales, o de género. Cuestiones que no habían sido tematizadas por las Constituciones anteriores.

Empero, no es este el criterio que defendemos, pues si este nuevo modelo constitucionalista latinoamericano rescata el concepto de soberanía; la búsqueda incesante del bienestar a los pueblos sobre los que regirá el texto constitucional; la ampliación en el reconocimiento de los derechos y garantías

²⁴⁹ GREGOR GONZALO, Hidalgo Neuenschwander, “Estado Plurinacional de Bolivia, ¿Un aporte al neoconstitucionalismo latinoamericano o simple retórica?”, en AA.Vv., *Revista de Estudios Constitucionales*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Internacional de Estudios Constitucionales de América -IIECA Sucre-Bolivia, 2018, pp. 35-50; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, “La Carta Magna Inglesa: Una Provocación para pensar las relaciones entre Constitución y Constitucionalismo”, en RFJ, No. 1, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017, pp. 243-254; VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Ágora-Revista de Ciencias Sociales*, No. 13, 2005, pp. 55-68.

²⁵⁰ GARGARELLA, Roberto “Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Vol. 27, No. 1, ICP, Montevideo, No.1 - ICP – Montevideo, 2018, p. 110.

reconocidas en la Constitución; y el avance de una democracia participativa, por solo mencionar algunos, no existen dudas de que la Constitución de Ecuador de 2008 es un ejemplo paradigmático de esta corriente²⁵¹, por eso se considera el primer ejemplo de transformación constitucional dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano, porque profundizó con mayor nitidez que ninguna otra Constitución sus objetivos y expectativas, suponiendo un cambio de paradigma, cuya máxima expresión de la democracia del pueblo es la Asamblea constituyente²⁵².

Y no solo eso, no puede dejar de resaltarse el reconocimiento al carácter plurinacional del Estado, la convivencia de elementos liberales con indígenas²⁵³, la apuesta por la regeneración democrática, el valor de los derechos sociales, el papel del Estado en la economía, entre otros que hacen de la Constitución ecuatoriana, un texto que no pasará desapercibido en la historia constitucional de Latinoamérica²⁵⁴.

Ejemplo específico de ello es el catálogo de derechos integrales y completos que se reconocieron con la nueva Constitución de 2008, inaugurada, entre otros elementos también importantes, con los derechos del buen vivir y la

²⁵¹ PARRA, Regis, *El Neoconstitucionalismo en Ecuador*, Dirección de Publicaciones, Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, Dirección de Publicaciones Científicas Riobamba, Ecuador, 2019, p. 36; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 23, Puebla, 2009, pp. 264-274; y STORINI, Claudia Flavia, “Carta Magna y nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Ruptura o continuismo?”, en *Estudios Jurídicos*, No. 38, Universidad Andina, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2017, p. 200.

²⁵² VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, “Un análisis de la propuesta de reforma constitucional en Venezuela en 2007”, en “AA. VV., Políticas económicas y sociales y desarrollo humano local en América Latina. El caso de Venezuela”, *Cuadernos de trabajo HEGOA*, No. 44, Bilbao, marzo 2008, pp. 7-15; “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 25, Puebla, 2010, pp. 7-29; “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Ágora-Revista de Ciencias Sociales*, No. 13, 2005, pp. 55-68.

²⁵³ LLÁSAG FERNÁNDEZ, Raúl, “Movimiento indígena del Ecuador a partir del siglo XX: visibilizando el resurgir, sus avances y retrocesos”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Bonaventura de Sousa Santos, Boaventura y Agustín Grijalva Jiménez (editores), 1ª ed, Ediciones Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012, pp. 83-150.

²⁵⁴ VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 25, Puebla, 2010, pp. 20-23.

incorporación de un elenco de garantías para su cumplimiento destinadas a hacerlos efectivo.

El neoconstitucionalismo en este caso tiene como uno de sus ejes principales el establecimiento de garantías, tanto normativas como jurisdiccionales, con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución.

Entre las garantías jurisdiccionales se encuentra la acción extraordinaria de protección, reconocida en el artículo 88 de la Constitución, mediante la cual, la Corte Constitucional tendrá entre sus funciones revisar las sentencias que violenten los derechos de las personas ante situaciones como la subordinación, la indefensión, o la discriminación²⁵⁵, razones que fundamentan el papel esencial que tiene la acción de protección para la eficacia horizontal de los derechos fundamentales²⁵⁶.

Justamente, la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos (*drittwirkung*), constituye una de las principales tesis del neoconstitucionalismo²⁵⁷. Con ella, se produjo la ruptura de uno de los más fuertes dogmas devenidos del constitucionalismo liberal que enfocó los derechos como atributos subjetivos frente al poder del Estado, consagrándose así la tesis de que los derechos operan en el tráfico *inter privatos*.

Cuando hablamos de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, puede decirse que no todos los ordenamientos jurídicos la reconocen de forma explícita en sus constituciones²⁵⁸. Es el ejemplo de Ecuador, en el que tampoco existe un

²⁵⁵ Con la regulación jurídica de la acción de protección se fortaleció el marco de acción en la Corte Constitucional, y con ello, se abrió paso a un sistema de control difuso de la constitucionalidad que fortaleció la función de los jueces constitucionales. Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo, "Jueces Constitucionales", en Miguel CARBONELL, Teoría del neoconstitucionalismo, editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 97.

²⁵⁶ STORINI, Claudia Flavia y Marco NAVAS ALVEAR, *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social*, en Nuevo Derecho Ecuatoriano, No.3, Corte Constitucional de Ecuador, Primera Edición, Quito, 2013, pp. 81-178.

²⁵⁷ Sobre las principales tesis del neoconstitucionalismo, Vid. VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *IUS, Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25, 2010, pp. 51-54.

²⁵⁸ Por ejemplo, la Constitución portuguesa si reconoce expresamente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el artículo 18.1 cuando declara: "los preceptos relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a estas". Constitución portuguesa de 1976. De igual forma la Constitución federal de Suiza de 18 de abril de 1999 reconoce la eficacia indirecta de los derechos fundamentales en el

precepto en el que se reconozca directamente esta eficacia, sin embargo, pueden mencionarse varios artículos mediante los cuales puede afirmarse el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Tal es el caso del artículo 1 de la Constitución cuando declara: “el Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”.

Posteriormente, en el primer párrafo establece que la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, ejercida a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución, con lo cual se evidencia la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. En este caso, los valores consagrados irradian sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, en especial a los derechos de las personas y colectividades²⁵⁹.

Seguidamente, para poder delimitar la aplicación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el texto constitucional, habría que identificar cuáles normas tienen efectividad en las relaciones verticales; y cuáles en las relaciones horizontales. En las relaciones verticales se encuentra, por ejemplo, la tutela judicial efectiva, que solamente puede aplicarse a las relaciones de los particulares frente al Estado²⁶⁰. En tanto, con efecto en las relaciones horizontales, pueden citarse aquellas normas de aplicación a las relaciones entre privados; es decir, aquellas en las cuales los derechos fundamentales despliegan efectos en las relaciones jurídicas privadas.

artículo 35. *Vid.* Constitución federal de la Confederación Suiza, Aprobada por la Asamblea Federal, 18 de abril de 1999, Berna.

²⁵⁹ *Vid.* ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión Panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Santiago ANDRADE, Agustín GRIJALVA y Claudia STORINI (edits), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 409 y 410.

²⁶⁰ El artículo 75 de la Constitución establece: Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. *Vid.* Constitución de la República del Ecuador de 2008.

En el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, las normas jurídicas que protegen y reconocen los derechos fundamentales tienen total y eficaz aplicación en las relaciones jurídicas de diferente naturaleza. Específicamente, el artículo 11 numeral 2, tercer párrafo, establece que 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 desigualdad²⁶¹. Ello supone que la adopción de esas medidas de acción afirmativa una vez adoptadas, deben ser respetadas no sólo por el Estado, sino también por los particulares, pues no tiene sentido hablar de una igualdad real y efectiva si se excluyen los derechos fundamentales.

A continuación, el propio artículo 11 en su numeral 7 establece que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

En tal sentido, reforzando el contenido del precepto, se ha pronunciado la Corte Constitucional de Ecuador al expresar:

(...) Los derechos constitucionales (...) son todos aquellos determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (...), sin dejar de lado los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento (...) ²⁶².

Si analizamos la dignidad de la persona como principio, podemos decir que se trata del reconocimiento del valor central de la persona en el Estado ecuatoriano, lo que significa que el Estado, y el propio orden social se justifican o legitiman su razón de ser en la consecución de este principio²⁶³. Por tanto, tomando en cuenta el criterio constitucional, la dignidad trae implícita dos consecuencias: en primer lugar, como fin supremo impone la protección y promoción de la persona y, en

²⁶¹ *Idem*.

²⁶² *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 146-14-SEP-CC, Caso 1773-11-EP, 1 de octubre de 2014, p. 17.

²⁶³ En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se reconoce, de forma semejante a la fundamentación que NIPPERDEY y Leisner formulan respecto a la Ley Fundamental de Alemania, que el efecto en terceros halla en la dignidad de la persona un argumento a favor. *Vid.* NIPPERDEY, Hans Carl, "Grundrechte und Privatrecht", en NIPPERDEY, H.C. (*Herausgeber*), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin, 1962, pp. 17-33.

segundo lugar, la proyección de la dignidad no se circunscribe solo respecto al Estado, sino también a la sociedad, pues el respeto de la dignidad se impone como un fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que puede afirmarse que la protección y desarrollo de la dignidad de la persona, se manifiesta en la protección y promoción de los derechos fundamentales.

Por ello, los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no pueden excluir el resto de los derechos. Esa prohibición de exclusión a que se refiere el texto magno significa el respeto de la dignidad, el mismo que se debe a los derechos fundamentales; y no solo a ellos, sino a la sociedad en general, vale decir, los particulares. Es por esto que las relaciones jurídicas que se dan en este ámbito y, en cuanto tales, son justamente de derecho privado.

Existen otros derechos, además de los mencionados, identificados como derechos inherentes a la personalidad, los cuales por su propia naturaleza tendrán una mayor aplicación en las relaciones privadas, y los litigios que de ellos se susciten, solo podrán resolverse entre los sujetos titulares de los mismos, en los cuales el poder público no podrá intervenir. Se trata del derecho a la integridad personal (artículo 66.3); el derecho al honor y al buen nombre (artículo 66 numeral 18); el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 66 numerales 20, 21 y 22) y el derecho a la identidad personal y colectiva (artículo 66.28)²⁶⁴.

Se reconocen también como derechos constitucionales, los denominados derechos del buen vivir, los cuales también tienen para nuestra Constitución plena eficacia directa frente a terceros, y por tanto, podrán ser ejercicios por los particulares en defensa de sus derechos, tal es el caso del derecho al agua y la alimentación (artículos 12 y 13); ambiente sano (artículos 14 y 15); Comunicación e información (artículos 16-20); cultura y ciencia (artículos 21-25); educación (artículos 26-29); hábitat y vivienda (artículos 30 y 31) 7. Salud (artículo 32); y trabajo y seguridad social (artículos 33 y 34)²⁶⁵.

²⁶⁴ Vid. Constitución de la República del Ecuador de 2008.

²⁶⁵ *Idem*.

Los derechos enunciados por la Carta Magna ecuatoriana tienen como rasgo distintivo el objeto especial que protegen, obligando a todos sus destinatarios, tanto los poderes públicos, como los privados, a respetarlos en cuanto normas obligatorias ordenadas por la Constitución. En el caso concreto de los particulares, la Ley de Leyes ecuatoriana reconoce la titularidad de los derechos, y consecuentemente, les confiere el poder jurídico de exigir su respeto frente a todo el que menoscabe o vulnere su ejercicio. En los casos en los que el derecho fundamental, por su configuración, sea eficaz entre privados, la Constitución no solo va a atribuir a los particulares la titularidad del derecho, sino que también les va a imponer el correlativo deber de respetar el ejercicio de ese derecho fundamental cuando lo ejerza otro particular²⁶⁶.

Lo anterior se logra mediante la aplicación de las garantías jurisdiccionales, aquellas que permiten ejercitar el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos por parte de los jueces como principal protagonista de la acción del Estado. En este caso, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a pesar de no referirse explícitamente, como ya se dijo, al reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, si se puede colegir de la interpretación de sus preceptos, que existen determinadas acciones que permiten la defensa de estos derechos cuando son conculcados.

Nos referimos a las garantías jurisdiccionales, aquellas que posibilitan la defensa de los derechos contra los particulares, reconocida en la Constitución en el título tercero denominado “Garantías Constitucionales”, específicamente en el capítulo tercero dedicado a las Garantías jurisdiccionales, dentro de las cuales se puede aplicar para la defensa de los derechos entre particulares la acción de protección (artículo 88) como institución que claramente refleja la eficacia horizontal de los derechos fundamentales²⁶⁷.

²⁶⁶ *Vid.* COURTIS, Christian, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos”, en COURTIS, Christian y Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA (editores), *La protección judicial de los derechos sociales*, 1ª ed., editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 144 y 145.

²⁶⁷ Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Por ello, resulta incuestionable afirmar que uno de los elementos que pone en alto el nuevo constitucionalismo ecuatoriano es el desarrollo de una amplia gama de derechos, así como el reconocimiento de las garantías e instrumentos constitucionales para la defensa de los derechos en ella reconocidos.

No obstante, lo que si resulta una realidad es que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la *Drittwirkung* se encuentra en una fase de desarrollo muy elemental o es prácticamente inexistente, desarrollándose solamente la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas a través de la acción de protección.

1.7. La acción de protección frente a los particulares, su importancia para la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el Ecuador

Afirmaba GUASTINI²⁶⁸: “un derecho constitucional puede ser conferido o atribuido, pero ello no conlleva que el derecho esté garantizado, protegido o tutelado”; de allí que pueda afirmarse que la simple enunciación de un derecho no genera la garantía de su cumplimiento.

Por ello, resulta necesario establecer los mecanismos adecuados mediante los cuales sea posible prevenir la violación de los derechos reconocidos en la Constitución. Así, el ejercicio de los derechos solo será posible cuando se hayan establecido los mecanismos necesarios para su protección; y de esta forma, los mecanismos normativos, procesales y sociales que aseguran el cumplimiento de los derechos, son el rasgo más distintivo del Estado constitucional de derechos²⁶⁹.

Cumpliendo con ello, el Estado constitucional ecuatoriano ha desarrollado varios instrumentos y garantías, con distintos tipos de tutela política y jurídica de los derechos, bajo el título garantías constitucionales. Este mandato solo es posible

²⁶⁸ Vid. GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, editorial Distribuciones Fontamara, México D.F, 2001, p. 233.

²⁶⁹ Vid. PAZMIÑO FREIRE, Patricio, “La acción extraordinaria de protección”, en *Umbral: Revista de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional, No. 3, CEDEC, Quito, enero-junio 2013, p. 20.

y efectivamente aplicable si en el ordenamiento jurídico están definidos los mecanismos para hacer del principio de supremacía constitucional un mandato verdadero. Estos mecanismos jurídicos se conocen como garantías constitucionales.

Si hacemos un análisis histórico del ordenamiento constitucional ecuatoriano, se puede aseverar que fue en la Constitución de 1998 donde por primera vez se instituyó una garantía constitucional de amparo de derechos en contra de los particulares, la que en su artículo 95 reconocía la facultad de dirigir esta acción contra entes privados que prestaren un servicio público por delegación o concesión de una autoridad pública; o cuando con su conducta vulneraran un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Sin embargo, no podía establecerse esta acción cuando existiese una violación de carácter individual, pues no estaba reconocida esta facultad, a no ser cuando el ente privado prestara un servicio público por delegación o concesión del Estado.

Sin embargo, en aquel momento, la acción no tuvo la aplicación que se esperaba, pues la norma constitucional establecía requisitos para acreditar la legitimidad activa del afectado, como por ejemplo tener que demostrar que era representante de una colectividad cuando se vulnerara un Derecho comunitario, colectivo o difuso²⁷⁰; además de ello, la posibilidad de accionar contra particulares que prestaren servicios públicos o actuaren por delegación o concesión de una autoridad pública, fue prácticamente nula.

De allí que pueda colegirse que el amparo constitucional contra los particulares, reconocido en la Constitución de 1998, continuaba con la tesis de que los derechos constitucionales solamente eran oponibles frente al Estado, pues las

²⁷⁰ Como ejemplo de ello se puede citar la acción No. 862-2004-RA, resuelta por el ex Tribunal Constitucional, mediante la cual se interpuso un recurso de amparo constitucional en contra de dos ciudadanos que habían construido unas torres de aproximadamente 20 metros de altura en las que instalaron cuatro altoparlantes que difundían publicidad de toda índole, a muy alto volumen y a toda hora, incluso por la noche, con lo que se afectaba la tranquilidad y la paz de los que habitaban en esa localidad. En ese caso, la acción fue negada y, posteriormente, en apelación, el Tribunal Constitucional argumentó que el actor no había demostrado ser el representante de la comunidad, ratificándose la decisión de primera instancia por falta de legitimación activa del proponente.

excesivas restricciones legales y sobre todo la falta de desarrollo jurisprudencial de conceptos, dejó exentos a los particulares de ser controlados constitucionalmente²⁷¹.

En el año 2008, con la aprobación de la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 20 de octubre del propio año, se reconocieron varias acciones judiciales²⁷², entre las que se encontró la acción de protección como una de las novedades más importantes instauradas en el artículo 88 del capítulo tercero, en su Título III. Con esta, se rompió con el anterior paradigma y se reconoció que el sistema jurídico está compuesto no solamente por normas, sino también por valores, principios y relaciones jurídicas que tienen a la Constitución como norma jurídica superior y a ella se sujetan todos los entes, tanto públicos como privados. Por ello puede afirmarse que los derechos constitucionales tienen un efecto vertical y horizontal a la vez.

Si se analiza comparativamente la acción de protección ya contemplada en la Constitución de 1998, bajo la figura jurídica de amparo constitucional, se puede alegar que se trataba de una institución meramente cautelar; mientras que la acción de protección establecida en la Constitución del 2008 busca salvaguardar de manera directa y eficaz los derechos constitucionales que pueden haber sido violados por medio de actos u omisiones del poder público, afirmándose entonces que desde su surgimiento, se ha constituido como una de las garantías jurisdiccionales más importantes dentro del ordenamiento jurídico, con la finalidad esencial de convertirla en un mecanismo efectivo de protección²⁷³.

²⁷¹ Vid. GONZÁLEZ DÁVILA, Richard Honorio, "La constitucionalización del Derecho Privado y la acción de protección frente a particulares", en *Revista de Derecho FORO: Derecho Constitucional*, No. 16, Quito, 2011, p. 73.

²⁷² La Constitución de ese propio año reconoció otras acciones judiciales para la protección de los derechos humanos tales como: acción de protección (artículo 88); acción de hábeas corpus (artículos 89 y 90); acción de acceso a información pública (artículo 91); acción de hábeas data (artículo 92); acción por incumplimiento (artículo 93), y, finalmente, la acción extraordinaria de protección (artículo 94). Constitución de la República del Ecuador de 2008.

²⁷³ La Acción de Protección ha recibido diferentes denominaciones en los países de la región, indistintamente como amparo, tutela, mandato de seguridad, protección, entre otras. La Constitución vigente reemplaza el Amparo Constitucional por la Acción de Protección, expresando que esta última tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y tratados internacionales sobre derechos humanos, cuya finalidad es convertirse en el vehículo que permita hacer cesar o reparar los daños que producto de las violaciones contra estos derechos se produzcan; interponiéndose cuando exista una

El artículo 88 de la Constitución de 2008 establece que la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación²⁷⁴.

Sobre el tema, ÁVILA SANTAMARÍA ha indicado que en el amparo se presenta la acción por las consecuencias de un acto u omisión de “una autoridad pública” y contra particulares cuando se afecte gravemente un interés colectivo, comunitario o difuso. En este caso, la responsabilidad es vertical-pública. Sin embargo, cuando se trata de relaciones horizontales, entre iguales, opera el derecho ordinario. En la Constitución del 2008, en cambio, se encontraba lo que podríamos llamar responsabilidad vertical pública o privada. No me atrevo a decir que la acción de protección procede por cuestiones relacionadas con responsabilidad horizontal. En realidad, la acción de protección no procede cuando las personas privadas están en condición de igualdad, por ejemplo, cuando hay incumplimiento de contratos. La acción procede contra particulares cuando están en relación de poder, uno puede discriminar o está en situación de subordinación o indefensión²⁷⁵.

Mediante el mencionado precepto, la vigente Constitución atribuyó a la nueva Acción de Protección un carácter de garantía jurisdiccional mucho más amplia y completa que la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 95 de la

vulneración de derechos constitucionales, de allí podemos significar el hecho de que se mantenga la palabra amparo, que aparecía anteriormente en la Constitución de 1998.

²⁷⁴ La acción de protección constituye la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales (...) La acción de protección procede solo cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no la vulneración de un derecho constitucional. *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 016-13-SEP-CC, 16 de mayo del 2013, caso No. 1000-12-EP, p. 18.

²⁷⁵ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Las garantías: herramientas...”, *cit.*, p. 99.

Constitución de 1998²⁷⁶. La acción de amparo constitucional tenía una naturaleza meramente cautelar. La Acción de Protección, en cambio, aparece como un proceso de conocimiento, declarativo y no residual, siendo un salto cualitativo en la protección del individuo. El juez constitucional debe ahora declarar la violación del derecho fundamental y reparar las consecuencias; reparación que abarca medidas positivas y negativas, materiales e inmateriales. Esta construcción jurídica consolida esta acción como útil mecanismo constitucional para la protección de derechos fundamentales.

Complementariamente, el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en lo adelante (LOGJCC)²⁷⁷, ofrece una definición un poco más reducida de esta acción, pero establece el objeto de la misma en los siguientes términos:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos²⁷⁸, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena. Como ha dicho acertadamente la Corte Constitucional del Ecuador, “esta garantía jurisdiccional (...) tutela todos los derechos reconocidos en la Constitución, instrumentos internacionales sobre derechos humanos y aquellos que se desprendan de la dignidad de las personas”²⁷⁹.

En correspondencia con los principios constitucionales y los declarados en los tratados internacionales de los cuales el Ecuador es parte, la acción de protección fue establecida como un recurso sencillo y rápido de amparo, tutela,

²⁷⁶ Constitución Política de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 000, Registro Oficial No. 1, Aprobada por la Asamblea Constituyente, 11 de agosto de 1998.

²⁷⁷ Artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, Ecuador.

²⁷⁸ Así lo reafirma la Corte Constitucional: “la acción de protección tiene como fin primigenio la protección de los derechos reconocidos tanto en la Constitución de la República, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos”. *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 287-16-SEP-CC, Caso 0578-14-EP, 31 de agosto de 2016, p. 21.

²⁷⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 146-14-SEP-CC, Caso 1773-11-EP, 1 de octubre de 2014, p. 23.

y protección de derechos²⁸⁰. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, ratificada por el Ecuador en 1977, establece: “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”²⁸¹.

Por su parte, en el artículo 8 de la LGJCC se caracteriza la acción de protección al igual que el resto de las acciones constitucionales como un proceso sencillo y dotado de varios elementos de flexibilidad y ductilidad, cuya finalidad esencial será la de garantizar la protección de los derechos y reducir las cargas y formas procesales²⁸².

La Corte Constitucional de Ecuador ha dicho: “la acción de protección como parte de las garantías jurisdiccionales debe garantizar que su procedimiento sea sencillo, rápido y eficaz, a efectos de que el pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional logre una efectiva reparación de los derechos que hayan sido vulnerados”²⁸³.

En el artículo 40 de la LGJCC se establecen los requisitos que son necesarios para alegar la acción de protección²⁸⁴, erigiéndose para tal efecto la violación de un derecho constitucional procedente de una acción u omisión de una autoridad pública, y, accesoriamente, el hecho de que el accionante carezca de otro mecanismo de defensa judicial para proteger el derecho que alega haber sido

²⁸⁰ Vid. GRACIA NARANJO, María, “La Regulación de la Acción de Protección por medio de una Enmienda Constitucional”, en *Law Review, Revista del Colegio de Jurisprudencia*, Universidad San Francisco de Quito (USFQ) Año 2, Vol. 2, No. 1, Quito, 2015, p. 18.

²⁸¹ Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969.

²⁸² Artículo 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador de 2009.

²⁸³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 287-16-SEP-CC, Caso 0578-14-EP, 31 de agosto de 2016, p. 22.

²⁸⁴ El artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que “la acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. La violación de un derecho constitucional; 2. La acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho”. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador de 2009.

violado. De esta manera, la acción de protección procede contra cualquier acto u omisión de una autoridad pública no judicial, y en contra de políticas públicas nacionales o locales.

Seguidamente, la propia Ley ha previsto en los artículos 40, 41 y 42 respectivamente los requisitos que deberán cumplirse para acudir a la acción de protección; dígase la procedencia y legitimación pasiva de la misma; así como la improcedencia de dicha acción²⁸⁵.

Por su parte, el artículo 3 de nuestra Constitución refrenda: “son deberes primordiales del Estado: Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la de seguridad social y el agua para sus habitantes”²⁸⁶.

Con ello, se ha querido significar que el Estado no solo regula, sino que garantiza el efectivo goce de los derechos, concediendo la acción para reclamar procesalmente la violación del derecho del individuo, pues solo así la norma podrá ser realizable y no convertirse en letra muerta²⁸⁷.

En este caso, como afirma la Corte:

(...) La acción de protección es una garantía amplia que procede en contra de actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales que generen la vulneración de derechos constitucionales, contra políticas públicas, e incluso contra personas particulares cuando se vulneren derechos provocando un daño grave o se presten servicios públicos impropios (...)”²⁸⁸.

La acción de protección según su naturaleza se entiende como una garantía contra la vulneración de los derechos de los ciudadanos ante circunstancias como la subordinación, la indefensión y la discriminación, en los cuales los derechos de un ciudadano pueden verse vulnerados o conculcados por otros; existiendo ante esta situación, la posibilidad legal de acudir al juez constitucional a fin de prevenir, cesar o reparar la vulneración de los derechos constitucionales.

²⁸⁵ *Idem*, pp. 14 y 15.

²⁸⁶ Constitución de la República del Ecuador.

²⁸⁷ SILVA PORTERO, Carolina, “Las Garantías de los Derechos...”, *cit.*, p. 51.

²⁸⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 287-16-SEP-CC, Caso 0578-14-EP, 31 de agosto de 2016, p. 36.

Por ello, serán los jueces constitucionales en el conocimiento de una acción de protección, los que deben verificar si en el caso concreto existió una vulneración de derechos constitucionales y a partir de ello, determinar si se trata de un asunto que corresponde conocer a la justicia constitucional o a la ordinaria. Por consiguiente, los jueces constitucionales cuando nieguen una acción de protección, bajo el único fundamento de que se trata de un asunto de legalidad, sin haber efectuado la verificación señalada, vulnerarán derechos constitucionales e incumplirán su deber de proteger derechos²⁸⁹.

En tal caso, para remediar cualquier limitación que signifique la exclusión de cualquier reacción jurídica frente a una violación de los derechos fundamentales operada por los particulares, se ha articulado en España la denominada “finta alemana”, que no es más que la imputación de la violación de un derecho fundamental al juez civil ante el cual se entabla el litigio *inter privatos*, en el caso de no haberlo resuelto con respeto de la configuración constitucional de aquél²⁹⁰.

La solución de la “finta” ha trasladado el problema en términos sustantivos al ámbito procesal con la imputación de la violación de los derechos fundamentales al juez civil, solucionando así un problema de competencia de los Tribunales o Cortes Constitucionales, sin determinar hasta dónde los mandatos constitucionales vinculan a los particulares en sus relaciones de Derecho Privado.

La aplicación de la *Drittwirkung* en el marco del control de constitucionalidad, se entiende como algo vinculado primariamente a la actividad de los jueces, dejando en la sombra que es el Poder legislativo el que tiene que hacer efectiva la influencia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado, liberando a aquellos de una delicada ponderación de valores constitucionales, alejada de su especialidad, a la que los empujaría una constante y extensa aplicación

²⁸⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP, 13 de enero de 2016, p. 13.

²⁹⁰ La “famosa finta” es la confesión de la imposibilidad ideológica de salir a cara descubierta de los postulados del constitucionalismo tradicional, o dicho de otra manera, de la arquitectura liberal del Derecho Privado. *Vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M, “Estado Social y Sujeto Privado: Una Reflexión Finisecular”, *en* Quaderni Fiorentini, *per la storia del pensiero giuridico moderno*, No. 25, 1996, pp. 442-444.

inmediata (esto es, sin interposición legislativa) de los derechos reconocidos en la Constitución.

En Ecuador, la acción de protección se erige como un proceso ampliamente reparatorio, tal es así que el artículo 86 numeral 3 de la Constitución de Ecuador vigente, eliminó el carácter puramente cautelar propio del amparo, y confirió al juzgador constitucional la potestad de decretar mediante sentencia, la reparación integral al ofendido. Consecuentemente, puede afirmarse entonces que la Acción de Protección, de acuerdo a las disposiciones comunes inherentes a las garantías jurisdiccionales, sí cuenta con efectos de naturaleza indemnizatoria o patrimonial.

Sin embargo, no es suficiente la existencia formal de la acción para lograr proteger los derechos fundamentales, se requiere un juez activo, que valore casuísticamente y sin pretensiones restrictivas la verdadera eficacia de la acción para alcanzar su fin, con una interpretación holística de la norma constitucional y de todo el Derecho vigente, en aplicación del principio que reza “*iura novit curia*” y sobre la base del valor justicia y la independencia judicial en el ejercicio de su función.

La propia Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que:

(...) “la Corte Constitucional ha sido coincidente en señalar que los jueces constitucionales que conozcan esta garantía se encuentran en la obligación de tutelar que la misma cumpla su objetivo, a partir de la emisión de una decisión en la cual se verifique si en un caso concreto se vulneraron o no derechos constitucionales, puesto que solo de esta forma se logrará que las personas que hacen uso de este mecanismo logren una efectiva reparación de sus derechos”(…) ²⁹¹.

Tal es así que será a los jueces constitucionales, a los que, en el marco de una acción de protección, les corresponde verificar si el acto u omisión impugnado vulnera o no derechos constitucionales. Para ello, es indispensable realizar un recorrido analítico respecto a varios elementos, de manera preponderante, dada su competencia, de las normas constitucionales y de derecho internacional que regulan las relaciones propias de cada caso. El rol de los jueces constitucionales es importante en la construcción de un estado social de derechos, en el que el

²⁹¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 287-16SEP-CC, Caso 0578-14-EP, 31 de agosto de 2016, p. 39.

juez ya no es considerado un mero aplicador de la ley, sino quien, de forma activa, debe velar por el cumplimiento de los principios y valores contemplados en la Constitución, vista en su integralidad²⁹².

Partiendo de ello, debe ser el mismo juez el que debe pronunciarse teniendo en consideración la valoración del medio empleado para proteger el derecho vulnerado, pues con ello se garantiza su eficacia, si tomamos en cuenta su relación directa con la idoneidad, en tanto esta última implica que el derecho dañado sea protegido adecuadamente, y la eficacia conlleva a su oportuna protección, que no depende solo de su regulación formal, sino también de la voluntad política, la capacidad de los operadores jurídicos, la práctica jurídica, y el control que ejerza la Corte Constitucional.

En tal sentido, los jueces tendrán la responsabilidad de actuar como defensores de los derechos fundamentales en honor a la Constitución garantista que nos rige, disponiendo de reparaciones integrales que cumplan con el verdadero fin de la Acción de Protección, cuyo objetivo es indiscutible, garantizar el amparo y la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, limitando sobre todo, aquellos actos del poder público que puedan violar o interponerse en el ejercicio de derechos individuales.

La Corte Constitucional estima necesario precisar que, en efecto, la acción de protección no procede cuando su fundamento sea la inobservancia de disposiciones infraconstitucionales. No obstante, para arribar a esta conclusión, los jueces constitucionales deben en primer lugar, verificar si en el caso concreto se vulneraron derechos, y no solamente limitarse a determinar que el tema debatido corresponde a un asunto de legalidad, como sucede en el caso concreto²⁹³.

La acción de protección fue diseñada para ser una medida eficiente y con ello, garantizar el ejercicio y goce de los derechos y, sobre todo, limitar aquellos actos del poder público que puedan violar o interponerse en el ejercicio de derechos

²⁹² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 258-15-SEP-CC, Caso 2184-11-EP, 12 de agosto de 2015, p. 19.

²⁹³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 287-16-SEP-CC, Caso 0578-14-EP, 31 de agosto de 2016, p. 35.

individuales, incluso contra políticas públicas cuando estas violan derechos constitucionales. De esta forma se relativiza la división de poder y se abre la posibilidad de judicializar las políticas públicas si estas no responden o violan los derechos de los ciudadanos.

En conclusión, no debe obviarse que la Corte Constitucional del Ecuador puede generar, mediante estas acciones de protección, una jurisprudencia constante que revitalice y oxigene la interpretación de los derechos, así como su alcance y redimensionamiento. Para ello debe tener presente las circunstancias sociales que sobrevengan a la cambiante dinámica de la vida cotidiana, pues las sentencias que de la Corte Constitucional se derivan son vinculantes y así lo ha establecido la Ley de leyes en su artículo 429 cuando establece: “la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”²⁹⁴.

De igual forma, fue ratificado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia 045-11-SEP-CC que:

(...) “el carácter constitucional vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional se fundamenta, por una parte, en asegurar la coherencia y consistencia en la aplicación de los mandatos constitucionales por parte de todos los operadores de justicia, y por otra parte como órgano de cierre en materia de interpretación constitucional. Al existir múltiples judicaturas que conocen de garantías jurisdiccionales en materia constitucional, la interpretación que realice la Corte Constitucional, en los términos antes analizados, es la que guía la actividad jurisdiccional de todos los intérpretes jurisdiccionales”(…) ²⁹⁵.

La nueva Constitución del Ecuador de 2008 ha previsto, como se ha indicado, los supuestos en los que la acción de protección prevista en el artículo 88 del texto constitucional puede ser aplicada frente a los particulares²⁹⁶; supuestos más amplios que los que establecía la Constitución de 1998, debiendo interpretarse precisamente en respeto a los principios y demás normas constitucionales en función de cada caso en particular.

²⁹⁴ Constitución de la República del Ecuador de 2008.

²⁹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 045-11-SEP-CC, Caso No. 0385-11-EP, 24 de noviembre de 2011, pp. 8 y 9.

²⁹⁶ Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Los supuestos enunciados en la Constitución se manifiestan cuando los particulares prestan servicios públicos impropios; cuando actúan por delegación o concesión del Estado; cuando provocan un daño grave; y, en los casos en los que la persona afectada se encuentre en situación de subordinación, indefensión; y discriminación.

Las situaciones de subordinación, indefensión y discriminación se presentan principalmente en las relaciones horizontales entre particulares cuando la persona afectada se encuentra en una de las anteriores situaciones descritas, frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo²⁹⁷.

La acción de protección en el actual texto constitucional tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando suponga la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en situación subordinación, indefensión o discriminación.

Como puede apreciarse, de la sola lectura de la norma, desde la Constitución de 1998 el artículo 95 disponía que “cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad (...) pudiera interponer una acción de amparo”. No obstante, la Constitución del 2008 fue más amplia aun, porque su artículo 86 reconoció la posibilidad a “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad para proponer las acciones previstas en la Constitución”²⁹⁸.

En resumen, la Constitución del 2008 es más amplia al establecer las situaciones en las que puede ser activada la acción de protección frente a particulares, las

²⁹⁷ Vid. artículo 41, literal d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador de 2009.

²⁹⁸ Constitución de la República del Ecuador de 2008.

cuales deberán ser interpretadas en consonancia con los principios y demás normas constitucionales para cada caso en concreto.

En este caso, nos referiremos únicamente al último supuesto previsto en la Constitución, por ser el que guarda estrecha relación con la acción de protección frente a los particulares. Se trata de aquellos en que la violación proceda de una persona particular; si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en situación de subordinación, indefensión o discriminación.

Este enunciado fue previsto en la Constitución de 1998. En cuanto al daño grave, ya era contemplado este requisito, sin embargo, en la actualidad, aun y cuando se mantiene, esa exigencia de gravedad se presenta solamente cuando el acto en materia de impugnación proviene de un particular, y ya no como requisito para la procedibilidad de la acción.

La gravedad del daño se refiere a una de las resoluciones del Tribunal Constitucional cuando manifiesta que para efectos de la acción de protección, la gravedad debe tener como fuente la violación de derechos fundamentales y no la simple vulneración de la legalidad²⁹⁹.

En el supuesto que la violación proceda de un particular que preste servicios públicos, ya había sido regulado en la Constitución de 1998. Sin embargo, la Constitución del 2008 ha sido más precisa al detallar que procederá la acción de protección frente a violaciones que provengan de un particular que preste servicios públicos impropios.

La definición de servicio público no debe entenderse como aquel que se ha establecido de manera formal por la ley, sino que debe considerarse como aquel servicio que busca la satisfacción del interés general, aunque este se haya reconocido taxativamente o no por el legislador o por el Estado³⁰⁰.

²⁹⁹ OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Fundación Andrade & Asociados, Fondo editorial, 2da ed., Quito, 2006, p. 126.

³⁰⁰ Vid. USCANGA BARRADAS, Abril y LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares: el amparo en México y la acción de tutela en*

Teniendo en cuenta la anterior definición, podrá interponerse una acción de protección frente a los particulares cuando se viole un derecho constitucional, siempre y cuando estos presten un servicio público por la relación existente de predominio o de supremacía material entre el prestador del servicio y el usuario. Por ello, se afirma que en cualquier servicio público existe una asimetría en las condiciones de igualdad entre el prestador y el usuario, este último que al tener que soportar la ruptura de las cargas, se encuentra en condiciones objetivas de indefensión frente a las acciones u omisiones arbitrarias del particular que presta el servicio³⁰¹.

La diferencia esencial radica en que los servicios públicos propios son prestados por el Estado directa o indirectamente; sin embargo, para el caso de los servicios públicos impropios, el Estado tan sólo los reglamenta. Se entendería entonces que para estos casos la acción de protección está destinada a proteger los denominados derechos sociales o del buen vivir (*Vid. Supra*, p. 128).

La actual Constitución se mantiene inalterable en cuanto al requisito de la actuación de los particulares por delegación o concesión, lo que significa que el Estado conserva la titularidad del servicio de los particulares por delegación o concesión, considerándose violatorio de derechos fundamentales cuando excede de las facultades concedidas o delegadas por el Estado.

1.7.1. Situaciones de subordinación, indefensión o discriminación. Sus particularidades

Estos supuestos en los que se puede encontrar la persona afectada en situaciones de subordinación, indefensión o discriminación, se materializan fundamentalmente en las relaciones horizontales entre los particulares cuando se vulneran algunos de los derechos constitucionales reconocidos. A continuación, se analizarán cada uno de ellos por separado, realizando un análisis de los casos más relevantes en cada uno de los supuestos.

Colombia, Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 61, No. 256, México DF., 2011, p. 352.

³⁰¹ *Idem*.

1.7.1.1. Subordinación-indefensión. Análisis de casos

La subordinación-indefensión constituye uno de los supuestos más invocados para solicitar la acción de protección de los derechos fundamentales entre particulares.

La subordinación se refiere a una relación jurídica de dependencia entre dos o más sujetos; mientras que la indefensión ocurre cuando en una relación de dependencia uno de los sujetos se encuentra en una posición de desigualdad, perdiendo toda posibilidad de respuesta o defensa frente a una vulneración o amenaza de un derecho fundamental.

Puede afirmarse entonces que, aunque diferentes, la subordinación y la indefensión se encuentran estrechamente relacionadas. En el caso de la subordinación, la persona se encuentra en la obligación de obedecer una decisión arbitraria o de realizar actos para otra que tenga una condición superior de autoridad, lo cual genera frente al primero obligado a una situación de indefensión, requiriéndose para ello la concurrencia de determinados requisitos. Estos serían: la existencia de una autoridad y un subordinado, una relación jurídica contractual que de origen a esa relación; y la vulneración de los derechos constitucionales, ya sea por decisión arbitraria; o, por una obligación contractual.

En virtud de ello, en todos aquellos casos en los que se puedan presentar situaciones de subordinación o indefensión frente a particulares, procederá como mecanismo de protección, la acción de tutela inmediata de los derechos fundamentales. Además, esta se constituirá en el instrumento regulador de las situaciones irregulares que se presentan en las relaciones persona-persona.

a) Un caso de violación a los derechos constitucionales al debido proceso y a ser juzgado por un juez competente

El análisis del caso No. 1030-2004-RA, trata de un hecho en el que los demandantes, el Presidente del Club Deportivo *Juventus* y sus directivos, fueron sancionados con un año calendario de suspensión por el Presidente de la Asociación de Ligas Rurales del cantón Quito, en virtud de haber actuado como protagonistas de actos beligerantes en contra del Presidente de la Asociación en

el estadio de la Liga Parroquial del Quinche el 22 de agosto del año 2004. En este caso, alegaron violación al debido proceso, pues el órgano con Facultad sancionadora para este caso es la Comisión de Calificación, Premiación y Sanciones de la Asociación, y no el Directorio.

El juez de primera instancia que conoció del asunto, consideró vulnerado el derecho al deporte como un derecho difuso reconocido en la Constitución e inmediatamente confirió el amparo. En tanto, el Tribunal Constitucional en apelación indicó que el demandado no es una autoridad pública, sino persona jurídica de derecho privado, razón por la que revocó la decisión de instancia.

Del examen del caso se pudo alegar el siguiente análisis:

- La autoridad es el Presidente de la Asociación de Ligas Rurales del cantón Quito; y el subordinado son los directivos del Club Deportivo *Juventus*.
- La subordinación para este caso tiene su origen en las normas jurídicas deportivas que le otorgaron la competencia al Presidente de la Asociación de Ligas Rurales del cantón Quito para conocer, en sede de apelación, los casos que se pongan a su conocimiento.
- Esta decisión arbitraria manifestada por escrito, vulneró el derecho constitucional al debido proceso y a ser juzgado por un juez competente, lo cual ocurrió porque el demandado se atribuyó como facultad sancionar sin corresponderle.

El juzgador, una vez verificada la situación de subordinación, y la violación del derecho constitucional por el particular que acarrea la indefensión, así como la no existencia de otro mecanismo para reivindicar y reparar los derechos constitucionales, declaró la violación del debido proceso y el derecho a ser juzgado por un juez competente; dejando insubsistente la sanción interpuesta contra los demandantes.

1.7.1.2. Indefensión. Análisis de casos

El término indefensión significa falta de defensa y situación de la parte a la que se niegan medios de actuación procesal³⁰². Por ello, será en el proceso donde se va a causar la indefensión de una persona, cuando por un motivo legalmente no previsto, o cuando haya sido previsto de forma legal, pero este sea injusto, desproporcionado, privándose a las partes de la posibilidad de ejercer su derecho o se le otorgue preferencia a una sobre la otra³⁰³.

La indefensión como un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos, y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción³⁰⁴.

Se produce entonces la indefensión como consecuencia de la infracción de una norma o garantía procesal, aunque pueda darse el caso de una correcta utilización de la norma, y esta norma ser inconstitucional, por tanto, se podría causar indefensión por la correcta aplicación de una norma inconstitucional³⁰⁵.

En ese orden, la indefensión, como uno de los supuestos de protección frente a los particulares, no es una circunstancia normativa, sino que presupone la imposibilidad de una persona para ejercer sus derechos fundamentales por motivos ajenos a su voluntad, aun y cuando el ordenamiento disponga de medios de defensa judicial para tutelar y proteger los intereses y derechos de las personas, por ejemplo, la inacción de las autoridades públicas puede dar lugar a la desprotección y consecuente indefensión de una persona frente al poder o a

³⁰² Vid. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *Diccionario Jurídico*, Fórum, Oviedo, 1996, p. 176.

³⁰³ Vid. SERRANO HOYO, Gregorio, *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Comares, Granada, 1997, p. 9.

³⁰⁴ Vid. Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 89, 1 de julio de 1986 (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1986).

³⁰⁵ Vid. SÁNCHEZ RUBIO, Aquilina, "Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXI, Madrid, 2003, p. 608.

la supremacía de otro particular, correspondiéndole al juez en este caso comprobar si efectivamente se configura una situación o relación de indefensión por la violación de alguno de los derechos fundamentales tutelados³⁰⁶.

a) Intereses económicos particulares frente al derecho a la educación, un examen de caso

En el caso No. 0215-01-RA se presentan varios padres de familia del Colegio Americano de Guayaquil, quienes presentaron acción de protección contra el Rector y el Presidente de la Asociación, por el aumento a los estudiantes del monto de una pensión arbitraria a pagar. Esta se considerada elevada por superar el 90% en relación con el precio del período lectivo anterior. La acción fue interpuesta durante los meses de abril y mayo del año 2000, aun y cuando no existía la autorización de la Junta Reguladora de Costos de Educación Particular, ni tampoco del Ministerio de Educación.

Con motivo de los reclamos realizados por el incremento de las pensiones, el Colegio adoptó medidas arbitrarias contra los estudiantes como la negación de la matrícula, la prohibición de la entrada al plantel, la no entrega de los boletines de notas por no estar al día en el pago de las pensiones, e incluso, la prohibición de participar en la elección del Comité de Padres de Familia; declarándolos personas no gratas para la institución e iniciando incluso contra ellos procesos penales por injuria.

Los demandados indicaron que a los recurrentes se les había negado la matrícula de sus hijos porque se encontraban en mora de sus obligaciones en el pago, en tanto alegaron que el aumento que habían aplicado había sido suspendido. Argumentaron, además, que algunos padres de familia no presentaron la solicitud de reserva de matrícula para el año lectivo 2000-2001, y que, por ese motivo, los cupos fueron asignados a nuevos postulantes. En la ocasión, el Colegio manifestó que su proceder se encontraba amparado en el derecho a libre contratación previsto en la Constitución, y que los padres de familia, en virtud de este derecho, también podrían separar a sus hijos de este

³⁰⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia No. T-210 del 27 de abril de 1994.

establecimiento, sin que la institución pudiera obligarlos a contratar sus servicios educativos.

En primera instancia el juez negó el amparo, considerando que no se impugnó un acto administrativo de un funcionario público, sino de un particular y, en función de ello, el Reglamento General de la Ley de Educación concede a los establecimientos educativos la facultad de negar la matrícula a un estudiante.

El Tribunal Constitucional, en recurso de apelación, estimó que el Colegio Americano de Guayaquil no estaba autorizado a elevar el costo de matrículas y pensiones arbitrariamente. Para ello realizó un análisis de fondo del caso y fundó la sentencia en argumentos como los que siguen:

- En la Constitución se establece que la educación es un derecho irrenunciable de las personas y un deber inexcusable del Estado, la sociedad y la familia, área prioritaria de la inversión pública, requisito de desarrollo nacional y garantía de la equidad social.
- La educación particular es un servicio público impropio y el legislador ha previsto la procedencia de la acción de amparo contra particulares que presten servicios públicos. La acción de amparo puede aplicarse tanto a los servicios propios como a los impropios, sin que le corresponda al juez distinguir donde aquél no lo ha hecho.
- Resulta inadmisibles decir que siendo la educación un servicio público sujeto a normas de Derecho Público, la autonomía otorgada al Colegio pueda dejarla al margen de control, que tenga independencia absoluta del Ministerio de Educación y libertad omnímoda en cuanto a la concesión de matrículas y cobro de pensiones, pues de lo contrario, se estaría apartando de los grandes objetivos de la Constitución.

En conclusión, el Tribunal Constitucional concluyó que la institución educativa particular abusó de su autonomía y se basó en ella para negar la matrícula a los hijos de los accionantes, por tanto, en uso de sus facultades revocó la decisión de primer grado y tuteló el derecho a la educación de los menores garantizando

la no discriminación en el efectivo goce de los derechos en particular, el derecho a la educación (artículo 3, numeral 1 de la Constitución del 2008)³⁰⁷.

b) El derecho a la salud desde una perspectiva diferente, valoraciones jurisprudenciales

Otro ejemplo es el Caso No. 0007-2004-RA, donde una ciudadana interpuso un recurso de amparo constitucional contra el representante legal de la fábrica Super Hielo, pues desde que se instaló la fábrica que colindaba con su casa la misma comenzó a causarle un daño grave a su salud y la de su familia por la humedad de origen químico amoniacal que corría por las paredes, el techo y el cimiento de su casa, hasta donde penetra el gas de amoníaco utilizado por la fábrica. Por ello, cada día se exponía a una situación constante de peligro de muerte, como le ocurrió a un trabajador de la fábrica, el que habría fallecido recientemente por una fuga de amoníaco. Además, indicó que las instalaciones producían un ruido que, además de afectarle los oídos, la afectaba emocionalmente, manteniéndola en constante zozobra. Por ello, solicitó la suspensión de las actividades de la empresa.

En primera instancia, el juez inadmitió la acción por improcedente y posteriormente, el Tribunal Constitucional, en apelación, estableció que la empresa demandada se encontraba afectando no solo a la accionante y su familia de acuerdo a los certificados médicos que acompañaron, sino también al medio ambiente. Para ello se apoyaban en las denuncias de diferentes instituciones gubernamentales que solicitaban la clausura de esta fábrica debido a la emanación de gas de amoníaco, por lo que revocó la decisión de instancia y concedió el amparo, disponiendo el cese de las actividades de la fábrica hasta que las autoridades competentes comprobaran que las tareas que realiza la empresa cumplan a cabalidad las normas de protección del ambiente o dispusieran su reubicación.

³⁰⁷ Pueden citarse como referencia otras sentencias emitidas por el ex Tribunal Constitucional, en lo que concierne a la indefensión como causal de activación de la acción de protección para la defensa de los derechos constitucionales contra los particulares. Entre ellas la Sentencia N° 0008-2004-RA; N° 862-2004-RA; N° 0007-2004-RA; N° 0516-2004-RA.

En el análisis realizado se alegó que en este supuesto se configuraba un supuesto de indefensión por las siguientes razones:

- Las circunstancias descritas demuestran la forma en que la fábrica ejerció su derecho a la libertad de empresa de forma irresponsable, sin tomar las medidas de seguridad que el caso exigía; con lo cual se pusieron en peligro vidas humanas.
- La imposibilidad de la actora al no poder hacer nada para contrarrestar el daño al no tener a su alcance medios materiales y legales adecuados para que las autoridades administrativas tomaran decisiones en el asunto.

Lo anteriormente narrado, demuestra que la actora se encontraba en una situación de indefensión que la obligaba a tener que abandonar su vivienda o venderla para protegerse a sí misma y a su familia, en tanto el demandado incumplía con su responsabilidad social y ambiental que debió observar desde el inicio para el emprendimiento de actividades económicas como parte de su derecho a la libre empresa y al trabajo.

1.7.1.3. Discriminación-indefensión. Análisis de casos

El artículo 3 de la Constitución de Ecuador establece en el numeral primero, que es un deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes³⁰⁸.

De esta manera, queda prohibido cualquier forma de discriminación cuando se establece en el artículo 11, apartado 2 del propio texto el principio de igualdad de derechos, deberes y oportunidades, prohibiéndose y sancionándose cualquier forma de discriminación por las razones que allí se establecen, además de adoptarse por el Estado las medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

³⁰⁸ Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Por ende, este derecho reconocido en el artículo 11 a la no discriminación es fruto del reconocimiento del derecho de todos a la igualdad formal, a la igualdad material y a la no discriminación que se establece en el artículo 66 numeral 4 del referido cuerpo legal.

a) La discriminación por discapacidad como limitante al disfrute del derecho a la educación

La acción de protección No. 055/2009 presentada en el año 2009 es presentada por la madre de un menor con discapacidad visual indicó que a principios del año lectivo 2009-2010 realizó una solicitud al Colegio Nacional Mixto “Técnico Ecuador” para que se le concediera matrícula en el 8° año de educación básica a su hijo. A dicha solicitud de matrícula, que fue discutida en sesión del Consejo Directivo del Colegio, el Vicerrector de la institución se opuso al ingreso debido a la discapacidad visual mencionada; pero por resolución de la mayoría se aceptó.

La actora manifestó que el mencionado Vicerrector fue justamente el profesor de su hijo durante el transcurso del primer trimestre en la materia de Lenguaje y Comunicación, momento en el cual continuó con su actitud discriminatoria con el estudiante al no recibirle los deberes orientados durante la clase, pues según él, no podía recibirlos en sistema braille; además de que en las clases, delante de los demás compañeros lo aislaba sin tomarlo en cuenta en las actividades académicas, añadiendo de manera verbal delante de todos los compañeros del grupo “vos no, vos no puedes”.

Ante esta situación, la actora, le presentó al profesor los deberes de su hijo, sin embargo, el profesor no procedió a su calificación y 15 días antes de la finalización del trimestre, a petición de ella, su hijo fue cambiado de paralelo y por ende de profesor; solo que, al recibir la nota final del primer trimestre en la indicada materia, tenía diez puntos sobre veinte (10/20), sin que existieran calificaciones parciales que la sustentaran, y todo porque el anterior profesor nunca proporcionó las calificaciones del estudiante.

En este supuesto, el juez de primera instancia aceptó la acción de protección planteada dejando sin efecto la nota sentada en la libreta de calificaciones, disponiendo que el Rector del Colegio conformar una comisión para que evaluara al menor y este obtuviera una nota según los parámetros evaluativos y metodológicos que califiquen sus destrezas y conocimientos; disponiendo también la organización de una reunión con los padres de familia, estudiantes y profesores del colegio en la cual la sentencia fuera leída³⁰⁹.

Puede decirse entonces que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se materializa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de la acción de protección, garantía que le propicia a las personas reclamar su derecho constitucional vulnerado ante situaciones como la subordinación, la indefensión o la discriminación.

Consideraciones intermedias

Los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos tutelados constitucionalmente, y constituyen el centro de cualquier ordenamiento jurídico. Son considerados como facultades y derechos subjetivos públicos que corresponden a todos los seres humanos por su condición de tal, y por ello, son garantizados desde el momento que le conceden la facultad de exigir su cumplimiento y respeto por el resto de los ciudadanos.

La visión de los derechos fundamentales ha cambiado con el transcurso del tiempo, y en la actualidad, ya no son entendidos solo en su dimensión individual como los derechos que tienen las personas frente al poder del Estado; sino que comienzan a considerarse como valores y principios de este. A esta nueva concepción es lo que se le conoce como dimensión objetiva de los derechos fundamentales, lo que significa que los mismos presuponen también un sistema objetivo de valores que constituirá la base constitucional para la determinación de todos los ámbitos del Derecho.

³⁰⁹ *Vid.* Sentencia No. 055 del 2009, parroquia “La Naranja”, cantón Espíndola, Loja.

Esta dimensión objetiva de los derechos fundamentales trajo consigo tres efectos principales: el deber de protección; el efecto de irradiación o de expansión; y, la eficacia frente a terceros o la eficacia jurídica objetiva de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*).

En estrecha relación con el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, no puede dejar de mencionarse la eficacia horizontal de los mismos, es decir, la forma en que estos derechos surten efectos y se extienden a las relaciones entre los particulares, lo que se reconoce como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

La teoría de la eficacia horizontal inmediata, en el caso ecuatoriano, se concreta a través de la acción de protección, garantía jurisdiccional reconocida en el artículo 88 de la Constitución de la República de Ecuador, cuyo objeto fundamental es el amparo efectivo de los derechos reconocidos en el texto magno cuando exista una vulneración de los derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando suponga la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, o específicamente si la persona afectada se encuentra en situación de subordinación, indefensión o discriminación.

CAPÍTULO II. LA IGUALDAD, SUS EXIGENCIAS TEÓRICAS E INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA. LA VISIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL ECUATORIANA

La igualdad se ha considerada como uno de los grandes temas desde la Grecia antigua, analizándose tanto desde su concepción filosófica, que la entiende como valor; hasta su consideración desde una perspectiva jurídica, entendiéndose como un derecho y un principio fundamental. Por su importancia, incluso para la realización del resto de los derechos, la igualdad ha sido reconocida como un derecho fundamental en el constitucionalismo clásico y moderno³¹⁰.

Cuando hablamos de igualdad puede decirse en primer lugar que se trata de uno de los principios sobre los cuales se erige la noción de los derechos humanos³¹¹. Se entiende entonces la igualdad como una característica de la dignidad, que tiene como fundamento la prohibición de distinciones que impidan el goce y ejercicio de derechos y libertades que tienen los seres humanos.

Siendo así, no puede negarse que la dignidad humana se configura como un elemento primordial del derecho a la igualdad y la no discriminación, por cuanto se considera una cualidad inherente al ser humano, presupuesto inherente a este por el solo hecho de ser persona, que constituye el fundamento de la igualdad.

En este capítulo se examinarán los fundamentos teóricos de la igualdad, teniendo en cuenta sus exigencias técnicas e instrumentación jurídica como

³¹⁰ Vid. FERRAJOLI, Luigi, "La igualdad y su garantía", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 13, 2009, pp. 311-325; RUBIO LLORENTE, Francisco "La igualdad en la jurisprudencia ...", *cit.*, pp. 9-36.

³¹¹ Tal es así que el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...) y el artículo 2 señala que: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona (...). Vid. Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III), adoptada el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia.

presupuesto indispensable para el estudio posterior de la no discriminación, como aquella manifestación más amplia para la realización y materialización de la igualdad.

2.1. Orígenes y evolución de la igualdad en el plano jurídico

La igualdad no siempre fue considerada como un derecho de las personas, al menos en el ámbito jurídico. Durante mucho tiempo, el Estado y el Derecho legitimaban las desigualdades derivadas de concepciones culturales racistas, patriarcales y clasistas, por solo citar algunas. Es por ello que su reconocimiento más o menos amplio y la protección jurídica que se le brinde, no puede soslayar importantes condicionantes históricos que han marcado sus vaivenes³¹².

Con la evolución del principio de igualdad, su concepción se ha ido transformando, y con ello, se han delimitado las principales aristas del derecho a la igualdad. El Estado Liberal de Derecho, entendió la igualdad solo como el respeto a la vida y la aplicación de las normas jurídicas a todos por igual, sin excepciones ni diferenciaciones³¹³.

De esta forma, en sus orígenes, la Declaración de los Derechos de Virginia proclamaba el derecho a la igualdad al afirmar en su artículo primero que: “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes”³¹⁴.

Posteriormente, se aprobó la Declaración norteamericana, con la cual se proclamó el fin de la servidumbre, el acceso a la ciudadanía y el reconocimiento, aunque parcial, de los primeros derechos humanos. De este modo se produjo la

³¹² GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La igualdad natural de todos los hombres en el pensamiento jurídico romano de la época clásica”, *Revista de Estudios Histórico – Jurídicos*, XIV, Valparaíso, 1991, pp. 17- 42.

³¹³ MORÁN NAVARRO, Sergio Arnoldo y Ma. Antonia ABUNDIS ROSALES, “El Derecho Humano a la igualdad en la Constitución mexicana, Algunas consideraciones”, en *Revista de Ciencia Jurídica*, Año 5, No. 10, Departamento de Derecho, División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato, 2016, p. 138.

³¹⁴ La Declaración de los Derechos de Virginia de fecha 12 de junio de 1776 fue adoptada por unanimidad por la Convención de Delegados de Virginia, convirtiéndose en documento que proclamó que todas las personas tienen derechos naturales que le son inherentes. *Vid.* Declaración de Derechos de Virginia, Aprobado por la Convención de Delegados de Virginia, 12 de junio de 1776, Estados Unidos.

consagración de la igualdad como atributo innato, bajo el fundamento de que todos los hombres habían sido creados iguales³¹⁵.

A fines del siglo XVIII, la igualdad, acuñada como un resultado del pensamiento ilustrado que guio la Revolución Francesa de 1789, fue aceptada por la Asamblea Constituyente francesa y por el Rey de Francia el 7 de octubre del propio año³¹⁶. Así, fue reconocida como derecho, bajo la proposición de que todos los hombres al nacer son libres e iguales, y, en consecuencia, deben recibir un trato igualitario por la ley, sin privilegios o discriminaciones. Desde ese momento, derivado de su respaldo jurídico, el principio fue considerado como igualdad ante la ley³¹⁷.

En la antigüedad, la esclavitud era aceptada, y aunque la transformación del mundo antiguo al medieval trajo consigo algunos cambios socio políticos, las diferencias persistieron, basadas esencialmente en cuestiones relacionadas con el sexo, la raza, o la condición social y económica. Estos constituyeron criterios discriminatorios que limitaban, para muchos, el ejercicio de cargos y funciones políticas, así como el disfrute igual de los derechos ciudadanos que poco a poco recibían respaldo jurídico.

La Revolución Francesa de 1789 tiene como principal resultado el reconocimiento y la promulgación de aquellos derechos que amparan la igualdad formal³¹⁸, por el cual la ley consideró que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos y deberes. De esta forma, el Estado sería el encargado de garantizarla en todas sus formas³¹⁹. Con la Declaración Norteamericana de

³¹⁵ Declaración de Independencia, aprobada por el Congreso de Estados Unidos el 4 de julio de 1776.

³¹⁶ RUIZ CARBONEL, Ricardo, "El principio de igualdad entre mujeres y hombres. Del ámbito público al ámbito jurídico familiar", *Tesis presentada para la obtención del título "Doctor en Derecho"*, Madrid, 2009, p. 51.

³¹⁷ SOBERANES DÍEZ, José María, "La igualdad y la desigualdad jurídicas", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 25, editorial Porrúa, México DF., julio-diciembre 2011, p. 289.

³¹⁸ Entre las principales causas de la Revolución francesa puede citarse la desigualdad social, política y económica; y la falta de libertades y derechos. Por eso, puede decirse que la Revolución Francesa difundió por el mundo los ideales de libertad y fraternidad, así como el de la soberanía popular; y fundamentalmente irradió el conocimiento de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano. MARTÍN, Jean – Clément, *La Revolución Francesa. Una nueva historia*, editorial crítica, Barcelona, España, 2013, pp. 57-78; ZORRILLA, Rubén H., "La Revolución Francesa", en *Revista Libertas*, No. 14, Ciudad de México, mayo 1991, p. 20.

³¹⁹ Así lo expresa la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 1: "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo

Independencia, primero, y luego, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la igualdad devino también en cimiento de algunos de los derechos irrenunciables, como la vida, la libertad, y la búsqueda de la felicidad.

Durante esta etapa, se reconocía solamente como igualdad ante la ley o igualdad formal. Esta noción resultó insuficiente, pues con la declaración de la igualdad de todos ante la ley, las desigualdades no fueron superadas. Resultaba imperativo el reconocimiento de la igualdad en la ley, es decir, que, en la concepción misma de las disposiciones jurídicas, estas, en su contenido, no generaran discriminaciones, sino que promovieran una existencia y goce igual de los derechos para todos.

En 1793, con la Declaración jacobina³²⁰, la igualdad se refuerza como derecho irrenunciable de cualquier individuo, mediante la cual se podían obtener otros derechos. De este modo, se esboza el reconocimiento de la igualdad ante la ley, así como, más allá de la noción formal anterior, una ampliación que la proyectaba hacia la búsqueda de la redistribución de la riqueza, reconociéndose tácitamente la igualdad material³²¹.

De esta forma, la incorporación y efectividad del principio de igualdad revelaba dos aristas inescindibles: la igualdad formal y la igualdad material. La primera, como disposición de igual trato jurídico a las personas que se encuentran en la misma situación; mientras que la segunda se expresa teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, y tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos.

En este último sentido, es destacable el proceso de ensanchamiento y desarrollo de la noción de la igualdad como criterio axiológico y como derecho humano en cada momento histórico. Si bien ella misma fue reconocida en las declaraciones

pueden fundarse en la utilidad común". *Vid.* Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, 26 de agosto de 1789, Francia.

³²⁰ Constitución francesa de 1793, redactada por la Convención Nacional y aprobada el 24 de junio de 1793.

³²¹ QUINTERO MOSQUERA, Diana Patricia, *O todos en la cama o todos en el suelo: Del derecho a la igualdad al respeto de la diferencia*, Publicado por la Defensoría del Pueblo, en el marco del proyecto Red de Promotores de Derechos Humanos, Bogotá D.C., 2001, p. 9.

de las revoluciones burguesas desde una perspectiva formal, no cabe duda que, durante los siglos posteriores, XIX, XX y XXI, ha sido una de las aspiraciones por las que más ha luchado la humanidad.

La expresión jurídica del desarrollo de una nueva arista en la comprensión de la igualdad se puede apreciar en tiempos de la I Guerra Mundial y en la etapa inicial de la primera posguerra. Allí destacan la Constitución mexicana de 1917; la Constitución soviética y la "Declaración de Derechos de los pueblos laboriosos y explotados", aprobada en enero de 1918 por el Congreso de los Soviets de todas las Rusias, incorporada como Parte I de la Constitución soviética del 5 de julio de 1918; y la Constitución alemana de Weimar de 1919. Todas ellas están vinculadas por una misma saeta, el nacimiento de una nueva generación de derechos "económicos, sociales y culturales"³²² y la irrupción del constitucionalismo social³²³, donde se establecía la posibilidad de expropiar la propiedad privada mediando justa indemnización, para transformarla en propiedad colectiva, la participación del sector público en la economía. Además, se constitucionalizaron los hoy conocidos como derechos sociales: derecho al trabajo, a la educación y la salud³²⁴.

El impacto de esta corriente se hizo más robusto y notable al finalizar la II Guerra Mundial, con la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución italiana de 1948, y otras más recientes como la portuguesa de 1976 y la española de 1978. En EE.UU, las repercusiones se hicieron sentir en 1944, cuando el presidente Roosevelt propuso una segunda *Bill of Rights*³²⁵, dando el impulso a estos derechos, para que fuesen el complemento indispensable de los

³²² SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, "Generaciones de derechos y evolución del Estado ...", *cit.*, p. 52; RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos...*, *cit.*, p. 285.

³²³ ASENSI SABATER, J., *Constitucionalismo y Derecho Constitucional...* *cit.*, pp. 38 y 55; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1986, p. 1700; CABO MARTÍN, Carlos, *De la Crisis del Estado Social*, Ediciones Libros, Barcelona, 1986, p. 86.

³²⁴ ASENSI SABATER, José, *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 55 y 106; CASSESE, Antonio, *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, S.A., Barcelona, 1991, p. 71.

³²⁵ FRAGUAS MADURGA, Lourdes, "El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos", en *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, No. 21, Zaragoza, 2015, p. 127.

derechos civiles y políticos en busca de la igualdad³²⁶. Debe señalarse que, en el ámbito del Derecho Internacional, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en vigor desde 1976, es una muestra elocuente del respaldo que las Naciones Unidas han dado a estas metas de justicia social.

Los referidos textos incluyen derechos, denominados de segunda generación, que buscan complementar los de primera generación en el intento de posibilitar a todas las personas su ejercicio en igualdad de condiciones. La cuestión central de este grupo de derechos de segunda generación gira sobre el eje de la igualdad, pero no vista desde su ángulo formal, sino desde su perspectiva material³²⁷. El hecho de ser reconocidas las personas como iguales ante la ley no garantizaba que todas tendrían iguales oportunidades para acceder a los bienes y servicios básicos, ni al empleo. Tampoco la igualdad formal permite compensar las posibles desigualdades que han de producirse en el tráfico social y que impactan sobre los grupos o sujetos más vulnerables. De tal manera, el acceso a una vivienda adecuada, empleo digno, salud y educación gratuita y de calidad, seguridad social, acceso a la cultura, el deporte y participación en la toma de decisiones económicas del Estado y de los agentes que en ella actúan, constituyen aspectos nada desdeñables, que deben ser atendidos por el poder político público³²⁸.

Uno de los grandes retos del alcance de una igualdad efectiva con los también denominados derechos de prestación es que sus límites, como dice FERRAJOLI, no están en los derechos fundamentales de otros, sino en los costes de su satisfacción. Así, el Estado y el diseño de sus políticas son el vehículo casi

³²⁶ Puede decirse que una de las consecuencias de este proceso fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la cual se tuvieron como premisa los derechos sociales o de segunda generación. Sin embargo, aunque muchos de estos derechos ya se habían consagrado en esta Declaración en los artículos 22 al 27); también fueron reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que entró en vigor en 1976.

³²⁷ LAPORTA, Francisco Javier, "El principio de igualdad...", *cit.*, p. 14; RUBIO LLORENTE, Francisco, "La igualdad en la jurisprudencia...", *cit.*, pp. 9-15; BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, 1993, p. 88.

³²⁸ ALARCÓN CABRERA, Carlos, "Reflexiones sobre la igualdad material", *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, Madrid, 1987, pp. 31- 42.

exclusivo para la creación de las condiciones necesarias que aseguren a las personas un desarrollo integral y el disfrute pleno de todos los derechos³²⁹.

El proceso de cristalización de la igualdad no concluyó en aquellas etapas, sino que rebrota, incluso en los escenarios más recientes, como una conquista no lograda o como una aspiración que adquiere nuevas aristas. Tal es el caso del influjo de la igualdad en los llamados derechos de tercera generación, donde sus objetivos se expresan con la idea de erradicar las situaciones de discriminación de aquellas minorías o grupos por razones como el sexo, la orientación sexual, o simplemente la pertenencia a determinada etnia u origen regional o nacional³³⁰.

Si bien no son de fecha reciente, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, en vigor desde 1969, y la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada por la UNESCO, en vigor desde 1962; la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; las acciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para alcanzar el respeto de los derechos humanos relacionados con la abolición del trabajo forzoso, la no discriminación en el empleo y la ocupación, y los derechos sindicales; son una muestra de la anterior afirmación³³¹.

En igual sentido pueden mencionarse, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá, 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969, y su Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en 1988, en San Salvador.

Esta tendencia es confirmada por las constituciones latinoamericanas más recientes y relevantes, donde ocupa un lugar importante la ecuatoriana³³². En

³²⁹ FERRAJOLI, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en *Estudio sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli*, editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 19.

³³⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Las generaciones de Derechos Humanos...", *cit.*, p. 210.

³³¹ *Vid.* LOZANO ALARCÓN, Vivian A., "La evolución de los Derechos Humanos...", *cit.*, p.171.

³³² Artículo 50-65 de la Constitución de la República Dominicana, publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010; artículos 75-118 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada el 15 de diciembre de 1999 y su Exposición de Motivos,

ellas puede apreciarse la consolidación de las luchas de los pueblos por conquistar espacios de justicia social más sólidos y compromisos políticos más definidos. Consecuentemente, se imponen los imperativos al Estado para que, dentro de las posibilidades materiales existentes, genere y garantice las formas en la que todos los individuos puedan desarrollar sus capacidades al máximo y disfrutar de los progresos sociales, sin ningún tipo de vejamen o exclusión arbitraria.

De lo anterior puede concluirse que el proceso de construcción histórico del principio de igualdad y los derechos a él asociados, requieren una comprensión sistémica o compleja que abarca dos aristas de extrema significación. La primera, como igualdad formal, al incluirse en las normas la obligación del Estado de aplicar la misma ley a todos los ciudadanos. La segunda, como igualdad real, en el sentido de que si bien es la misma ley para todos existen una serie de condicionamientos materiales que habrán de tenerse en cuenta para aplicar la ley a ciertos individuos que son diferentes, por ser más vulnerables. De esa evolución y simbiosis dan cuenta las diferentes normas e instrumentos referenciados.

2.2. Aproximación a la noción compleja de la igualdad, como valor, principio y derecho fundamental

La igualdad ha sido y sigue siendo objeto de estudio de distintas disciplinas, entre ellas la sociología, la filosofía, la política, y naturalmente, el Derecho. Etimológicamente, igualdad significa conformidad o identidad entre dos o más cosas, por comunidad o coincidencia de naturaleza o accidentes; correspondencia, armonía y proporción entre los elementos integrantes de un

Gaceta Oficial 5.908, Extraordinario del 19 de febrero de 2009; artículos 42-77 de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991; artículos 21-60 de la Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008.

todo. En sentido estrictamente jurídico significa trato uniforme en situaciones similares, ausencia de privilegio, favor o preferencia ante la ley³³³.

La igualdad es una noción que, desde el punto de vista jurídico, se presenta de tres horizontes distintos e interdependientes: como valor, como principio y como derecho. No es casualidad que importantes constituciones la incluyan en sus primeros artículos como uno de los objetivos y fundamento axiológico de la sociedad y de la forma en que se organiza el Estado³³⁴. Además, es concebido como uno de los derechos con mayor cantidad de manifestaciones y como criterio de medida de la libertad y de la justicia, como luego se verá. Esta polifuncionalidad hace que sobre su individualización se cierna una nebulosa que dificulte la comprensión de su contenido y eficacia³³⁵.

Entender la igualdad como un valor implica que ella misma es uno de los fundamentos axiológicos del ordenamiento jurídico y del Estado, es una meta u objetivo que el ente político público, a través de sus poderes, se propone realizar. Por tal razón, constituye norte y sostén del actuar de las instituciones públicas, las privadas y de los ciudadanos. En el ámbito de los derechos se manifiesta como inspiración para su perfeccionamiento y guía para su interpretación. En este último aspecto, intensifica o aporta las razones de su regulación, e influye decisivamente en la evolución e incorporación de nuevos derechos y les proporciona sentido³³⁶.

Así, la igualdad, conjuntamente con la libertad, resulta imprescindible para garantizar el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos por el hecho de serlo. Por tanto, a la vez que se muestra como una finalidad del

³³³ CABANELLAS DE TORRE, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, nueva edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, editorial Heliasta S.R.L., Undécima edición, Buenos Aires, 1993, p. 155.

³³⁴ Por solo citar algunos ejemplos pueden mencionarse las siguientes constituciones: España (artículo 14); Brasil (artículo 5); Bolivia (artículo 6); Uruguay (artículo 8); Argentina (artículo 16); Costa Rica (artículo 16); Chile (artículo 19); Nicaragua (artículo 27); entre otras.

³³⁵ LAPORTA, Francisco Javier, "El principio de igualdad. Introducción a su análisis", en *Revista Sistema*, No. 67, Madrid, julio 1985, p. 14; RUBIO LLORENTE, Francisco, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *Revista española de Derecho Constitucional*, No. 31, Madrid, enero-abril 1991, pp. 9-15; BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad...*, *cit.*, p. 88.

³³⁶ *Apud.* GALBÁN RODRÍGUEZ, Liuba, *Las funciones de los valores constitucionales... cit.*, pp. 161-174.

sistema jurídico y político de un país³³⁷, es un principio de alcance general que sirve de cimiento a todo el ordenamiento jurídico³³⁸.

Más allá de la confusión que puede generar la extensa zona de contacto entre valores y principios en el ámbito de sus funciones, como criterios axiológicos creadores, legitimadores, orientadores, fundamentadores, limitadores, aportadores de sentido; como mandatos de optimización donde rige la proporcionalidad; la igualdad como principio requiere algunas precisiones a saber. La primera es que, vista desde esta última perspectiva, parece diseñada especialmente para el fenómeno jurídico y en un radio de acción concreto, como puede ser el familiar, el civil, el financiero, el administrativo, por citar algunos ejemplos. Cosa que no ocurre cuando la enfocamos como valor, pues allí es más una meta, un ideal, un objetivo producto de acontecimientos, necesidades e intereses de una sociedad, que se instituyen como más trascendentes para la nación; lo que le infunde un alcance más amplio y totalizador³³⁹.

La segunda cuestión observable respecto a la igualdad como principio es que ella tiende a desarrollar el valor de la igualdad, en un área o segmento específico, ya sea por obra del legislador o por obra del juez. De tal manera, la igualdad, en esta dimensión tiene muchas expresiones, así, igualdad de las personas ante la ley, igualdad en el ejercicio de los derechos, igual distribución y redistribución de la riqueza, igualdad entre los hijos, igualdad en el debate procesal, entre otras.

Como principio, la igualdad adquirió especial relevancia con las revoluciones burguesas del siglo XVIII, cuyo principal objetivo fue la extinción del sistema de inmunidades y privilegios propios del mundo feudal. Ejemplo de ello fue el artículo 6 de la Declaración de 1789 que estableció: “la Ley debe ser la misma

³³⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo y Yolanda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental”, en *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Igualdad de Mujeres y Hombres*. editorial Aranzadi, S.A.U., Navarra, septiembre 2007, p. 1.

³³⁸ Así lo reflejan la Carta de las Naciones Unidas; el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

³³⁹ ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Revista internacional Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 5, Alicante, 1988, p. 145; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 147; ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz MANERO, *Las piezas del Derecho-Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996; p. 70; GALBÁN RODRÍGUEZ, Liuba, *Las funciones de los valores constitucionales... cit.*, pp. 161-174.

para todos, tanto si protege como si castiga”³⁴⁰; y posteriormente la Carta otorgada el 8 de junio de 1814 también declaró que “los franceses son iguales ante la ley”³⁴¹.

En su concepción moderna, este principio surge estrechamente vinculado al de libertad, rompiendo con el funcionamiento estamental de clases que prevalecía en Europa³⁴². En consecuencia, este principio fue rupturista y buscaba, más que la eliminación de los privilegios, la eficacia *erga omnes* de las disposiciones a las que debían sujetarse todos los individuos sin distinción.

La igualdad significa que en todos los aspectos relevantes, los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo³⁴³. Como se ve, es un concepto relacional que muestra la identidad que existe entre dos o más personas, cosas o hechos en relación con algunos aspectos o elementos, reconociendo las diferencias sustanciales que existen en el resto de los aspectos³⁴⁴.

Por otra parte, igualdad y justicia son nociones interdependientes que se presuponen. En términos generales, quien es justo adopta el criterio de la igualdad, mientras el injusto adopta criterios de desigualdad³⁴⁵. La igualdad, dentro del pensamiento filosófico de la modernidad, ha estado vinculada al concepto de justicia, y ello se explica con la formulación teórica que sobre esta realizó JOHN RAWLS, quien estimó inequívoco el nexo existente³⁴⁶. Esta

³⁴⁰ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano... *cit.*, p. 1.

³⁴¹ Carta Constitucional, Aprobada por la Cámara de los Pares y la Cámara de los Diputados, 4 de junio al 22 de julio de 1814, Francia.

³⁴² CHAPPUIS CARDICH, Jacqueline, “La igualdad ante la ley”, en *THEMIS: Revista de Derecho*, No. 29, 1994, p. 16.

³⁴³ RABOSI, Eduardo, *Derechos Humanos: El Principio de Igualdad y la Discriminación*, Centro de Estudios Institucionales, Buenos Aires, 1990, p. 176.

³⁴⁴ RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Sobre el concepto de igualdad”, en CARBONELL, Miguel (Comp), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, p. 44.

³⁴⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe de María Araujo y Julián Marías, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 11ª edición, Madrid, 2018, p. 163.

³⁴⁶ Para RAWLS, los dos grandes principios de la justicia están directamente relacionados con la igualdad: el primero se fundamenta en la idea de que cada persona ha de tener un derecho igual a las libertades básicas existentes que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás; y, segundo, las desigualdades sociales y económicas deberán ser conformadas de tal forma que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos. A partir del primer

concepción se ha ido desarrollando de forma transversal y se ha relacionado con los derechos fundamentales en dependencia de su contenido jurídico³⁴⁷.

En ese sentido, se alude la memorable expresión de ARISTÓTELES cuando expresó: “parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”³⁴⁸.

De allí puede interpretarse que no puede ser absoluto el trato igual para todas las personas, ni tampoco el trato de forma diferente. En este orden, debe adoptarse una fórmula que adopte la igualdad como regla, sin excluir la excepción bajo argumento de justicia distributiva, es decir: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales³⁴⁹. De esta manera, la discriminación y la diferencia arbitraria se encuentran en oposición a la justicia, siendo inconstitucional y adversa a los derechos humanos³⁵⁰.

Esta consideración remite a la justicia como virtud universal y como valor particular. Así, la justicia como virtud universal se refiere al hecho de ceñirse a lo establecido en la ley. Dentro de la justicia como valor particular se diferencian dos tipos: la correctiva y la distributiva. Mediante la justicia correctiva se establecen las formas de trato, garantizándose que nadie reciba más de lo que da, sin tomar en cuenta las características de las personas. Por su parte, la justicia distributiva, se basa en la repartición de honores, riquezas o cualquier

principio se construye el mandato constitucional de igualdad en los derechos fundamentales; incluyendo también las libertades básicas, apoyándose en la idea de que estas no se pueden restringir, sino solamente en la medida necesaria para que todas las personas tengan las mismas libertades, conocido como el principio “mi derecho puede llegar hasta donde comience el de la otra persona”. El segundo principio parte del supuesto de que la regla debe ser la igualdad, por ello, las desigualdades son la excepción. RAWLS, Jonh, *Teoría de la Justicia*, Cuarta reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 17-20.

³⁴⁷ CARBONELL, Miguel, *Igualdad y Constitución*, Cuadernos de la Igualdad, No. 1, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 3ra reimpression, México, 2008, p. 11.

³⁴⁸ CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Cevallos librería jurídica, Quito, Ecuador, junio de 2010, p. 198.

³⁴⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. español Ernesto Garzón Valdés... *cit.*, p. 383.

³⁵⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la Ley, no discriminación y acciones positivas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios Año 13, No. 2, Santiago de Chile, 2006, p. 69.

otra cosa que haya de repartirse en la comunidad política, por tanto, cada cual debe recibir una parte proporcional a su mérito³⁵¹.

Consecuentemente, el legislador debe tratar igual a las personas que se encuentran en situaciones e hipótesis jurídicas iguales y debe tratar diferente a quienes se encuentran en situaciones o hipótesis jurídicas diferentes. La igualdad consiste así en una relación que debe ser justa y ajena a toda arbitrariedad o diferenciación sin justificación racional y razonable³⁵².

La concepción de la igualdad como valor, y también como un principio se refiere a lo que debe ser, pues, aunque los seres humanos son iguales porque tienen características en común, también tienen rasgos que los diferencian. Por ello, lo que debe entenderse es que los seres humanos merecen ser tratados igual, por encima de sus diferencias. Se trata de una exigencia ética y normativa, que aparece como una contra regla de la desigualdad existente en la vida social, de allí que el principio de igualdad tenga como principal objetivo que se subsanen o al menos se atenúen las desigualdades naturales y sociales³⁵³.

La igualdad implica, para el ordenamiento jurídico, una garantía de trato igual y no discriminatorio a las personas por los poderes públicos; y también, el reconocimiento para que todas las personas sean protegidas (derecho fundamental a la igualdad). Por ende, la igualdad tiene dos dimensiones, una formal o jurídica (garantía de la igualdad de trato ante la ley), de carácter más individual, y otra material o real (que supone la búsqueda de la igualdad efectiva en la vida social a través de la mejora de las condiciones de vida de los más desfavorecidos), de alcance más colectivo.

Por último, la tercera dimensión de la igualdad se expresa como derecho. Al respecto, ella se manifiesta como facultad, pretensión, poder que tiene la

³⁵¹ SOBERANES DÍEZ, José María, *La evolución del principio de igualdad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México DF., 2015, p. 506.

³⁵² HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El ordenamiento jurídico y la idea de la justicia*, editorial Civitas, Madrid, 1980, pp. 99 y 100.

³⁵³ FERNÁNDEZ RUIZ GÁLVEZ, María Encarnación, "Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. X, Madrid, 1993, p. 60.

persona para reclamar algo³⁵⁴. Asumida esta arista, la noción *en comento* deviene en derecho subjetivo ejercitable frente a los poderes públicos y oponible a los congéneres. Además en su estructura potestativa, la igualdad desarrolla el valor y el principio en que se funda con alta vocación para la concreción, a saber: igualdad entre hombres y mujeres, igual trato a nacionales y extranjeros, igualdad de los cónyuges en el matrimonio, igualdad de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, derecho a la educación en igualdad de condiciones y oportunidades, derecho de las personas con discapacidad a la educación y al trabajo en igualdad de oportunidades, derecho al voto igual, entre otros.

Cuando se alude al término igualdad en clave de derecho subjetivo, se puede afirmar que, a las aristas axiológicas, como valor y principio, se le incorpora o refuerza al concepto el aspecto relacional, pues en su comprensión adecuada debe tenerse presente la confluencia de varios elementos que se relacionan entre sí³⁵⁵. Su puesta en escena no se refiere únicamente a una persona, a un objeto o a determinada situación, sino que se trata de una relación que debe ocurrir al menos entre dos o más personas, objetos y situaciones, cuyo resultado siempre recaerá sobre una pluralidad de elementos que tengan entre sí variables de comparación, entre los cuales exista una diversidad. Por ello, es una realidad que no se trate de un concepto absoluto, sino relativo, pues el contenido que se le ha atribuido a la igualdad ha cambiado sustancialmente con el transcurso del tiempo.

Contrario sensu de lo que ocurre con la libertad, que puede conceptuarse de forma independiente³⁵⁶, para estudiar el tema de la igualdad resulta necesario

³⁵⁴ Vid. PARCERO CRUZ, Juan Antonio, "Concepto de derechos", en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y RODRÍGUEZ BLANCO Verónica (Editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, p. 1503.

³⁵⁵ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Sobre la igualdad en la Constitución Española", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid, 1987, p.133; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales I. Teoría General*, editorial Eudema, Madrid, 1991, p. 244; y RUBIO LLORENTE, Francisco, "La igualdad en la jurisprudencia ...", *cit.*, pp.12-14.

³⁵⁶ El Tribunal Constitucional español ha dicho en la Sentencia que no es posible entender el derecho a la igualdad de una forma autónoma, pues su contenido viene siempre establecido respecto a situaciones jurídicas concretas. De ahí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una relación jurídica y, en cambio, no puede ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general. Vid. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 76/1983 de 5 de agosto, Caso "LOAPA" (BOE de 18 de agosto de 1983). *Cit. pos.*, APARISI MIRALLES, Angela, "Discriminación y derecho a la igualdad.

tomar en cuenta un elemento de comparación o relacional, denominado *tertium comparationis*. Este identifica el o los elementos que servirán de referentes para afirmar o negar la igualdad entre ellos, o lo que es lo mismo, el término de comparación utilizado para denunciar la desigualdad.

La igualdad como derecho no se violenta en abstracto, es necesario siempre que la transgresión se proyecte sobre determinado campo material. Tal es el caso, por ejemplo, de la igualdad en el acceso al empleo entre hombres y mujeres, o entre personas heterosexuales y los comprendidos en las otras formas de orientación sexual, o entre jóvenes y personas cercanas a la edad de jubilación. Ella siempre está referida a algún objeto de protección constitucional que, en este caso, sería el derecho al trabajo.

Así, la igualdad trasluce como el derecho de todos para acceder a un trabajo digno, y como una obligación estatal y social de dar igual trato y consideración a todos los aspirantes, sin que su sexo, orientación sexual o edad influya en la asignación del puesto laboral, sino sus competencias y habilidades demostradas, que serían los únicos criterios habilitados para fijar el criterio de selección³⁵⁷.

Por ello, la igualdad es siempre un concepto relativo, al menos desde una perspectiva jurídica, pues el Derecho, a través de sus normas, establece tratamientos desiguales permitidos³⁵⁸, que solo podrán ser aceptados o negados, tomando en cuenta esta referencia³⁵⁹. De este modo, la norma establece, unos criterios básicos donde la igualdad no es cuestionable y crea un marco de diferenciación con sustento en el interés general o la utilidad pública.

Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. XII, 1995, p. 271.

³⁵⁷ *Apud.* HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, 1ª ed., Gedisa, Barcelona, España, 1992, pp. 159 – 167.

³⁵⁸ BIRULÉS BERTRÁN, Josefina, “Las paradojas de la igualdad”, en *Estudios de Derecho judicial*, No. 142, 2007, pp. 111-124; CARBONELL, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México-CNDH, México, 2007, pp. 61-116.

³⁵⁹ Esta es la definición utilizada en la práctica forense de España, específicamente en las decisiones del Tribunal Constitucional. Auto No. 209/85, en el que enfáticamente se establece: “toda alegación del derecho constitucional de igualdad necesita, para que su examen pueda ser realizado, un *tertium comparationis* frente al que la desigualación se produzca, y este *tertium comparationis* tiene que ser una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos”.

Por ello, la igualdad es la noción que, en su triple dimensionalidad, permite medir el grado de desigualdad jurídicamente admisible. Es decir, establece los patrones básicos que amparan la relación de paridad con la que deben ser considerados los sujetos en el tráfico social. Lo que no quiere decir que se silencien aquellas condiciones o características de los sujetos que le hacen merecer cierta distinción o reconocimiento en relación a otros iguales, pero que no constituyen disminución de la dignidad, ni de los restantes valores, principios y derechos reconocidos; sino que son una exigencia amparada por el interés general y que permiten el progreso de la humanidad³⁶⁰.

En síntesis, no podemos obviar la tridimensionalidad de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio, cuya garantía corresponde promover a los poderes públicos, y como derecho fundamental. Estas concepciones implican que se entienda como un valor supremo del Estado para garantizar el reconocimiento digno de todas las personas por el solo hecho de serlo. Por ello, deberá primar el respeto por la justicia, pues la igualdad siempre va ligada a ella, con lo cual se niega cualquier forma de arbitrariedad sin una justificación que sea razonable. En ese sentido, se debe reconocer a la otra persona como igual, merecedor del mismo trato que cada individuo considera merecer. Sin embargo, aunque la igualdad no debe entenderse como una obligación de tratar a todas las personas de la misma forma; tampoco deben ser tratados bajo un prisma de diferenciación, pues en ese caso se terminaría con la concepción de la igualdad. De allí que el principio de igualdad tenga como principal objetivo que se rectifiquen o al menos se mitiguen las desigualdades naturales y sociales.

2.3. Planos del principio general de igualdad

La igualdad se ha adecuando a los cambios en el desarrollo de la sociedad contemporánea, y en la actualidad se puede afirmar que el principio tiene tres niveles constitucionales que se vinculan especialmente al poder legislativo, teniéndose en cuenta para la elaboración de la legislación los siguientes

³⁶⁰ FERNÁNDEZ RUIZ GÁLVEZ, María Encarnación, "Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal...", *cit.*, p. 59.

elementos³⁶¹: la igualdad ante la ley, la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad en la ley o igualdad en el trato dado por la ley. A continuación, profundizaremos en cada uno de ellos.

1. La igualdad ante la ley:

La igualdad formal implica un trato igual, por ello se identifica con la igualdad ante la ley, entendida esta como la superación del particularismo jurídico que había dominado las relaciones en el antiguo régimen, por ello la igualdad se identifica ahora con la uniformidad del ordenamiento jurídico en torno a un ciudadano³⁶².

Este criterio la proyecta a una valoración sobre el alcance de la ley, que debe ser la misma para todos, y, por ende, igual debe ser el tratamiento jurídico que la ley prevea para cualquier persona. Esto significa que todos los ciudadanos se someten de semejante forma al ordenamiento jurídico con el mismo derecho a invocar la protección que este reconoce, sin que exista entre ellos ninguna diferencia. De allí que se identifique con el requisito de generalidad e impersonalidad con la que deben ser tratadas aquellas situaciones a las que la ley le confiere efectos jurídicos.

³⁶¹Con respecto a ello, existen varios autores que consideran estos tres elementos en la consideración del principio de igualdad, entre ellos, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Dimensiones de la igualdad, 2ª ed., editorial Dykinson, Madrid, 2007, p.19; RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa, "El Principio y Derecho Fundamental a la Igualdad y la Prohibición de discriminación", en *Revista española de Derecho Constitucional*, No. 31, Madrid, p. 2; PÉREZ PORTILLA, Karla, "Explicitando el principio de igualdad. Notas para su puesta en marcha", Biblioteca Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D-F., pp. 715-719. En el caso de CERDÁ MARTÍNEZ, además de estos tres, considera el mandato de no discriminación. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen, "Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación", en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 50-51, 2005, p. 194. Otros autores, en cambio, consideran solo la igualdad en el contenido de la ley, y la igualdad ante o en la aplicación de la ley, en este caso pueden citarse a: GARRIDO, María Isabel, *La igualdad en el contenido y la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 81 y REY MARTÍNEZ, Fernando, "Igualdad y prohibición de discriminación de 1978 a 2018", en *Revista de Derecho Político*, No. 100, Madrid, septiembre-diciembre 2017, pp. 130-132. En cambio, otros consideran solamente la igualdad en la ley, o la igualdad en la aplicación de la ley. FIGUEROA BELLO, Aída, "Aproximaciones teóricas de la Igualdad en la normativa constitucional española", en *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 26, México DF., enero-junio 2012, p. 134.

³⁶² VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, "Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista", en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 63, No. 3, Madrid, 2010, p. 1063.

El principio de igualdad ante la ley fue la primera tendencia conceptual derivada de la igualdad, como se ha esbozado en páginas anteriores. Tal lectura supone que el Derecho se proyecta a todos sus destinatarios por igual sin hacer ningún tipo de distinciones, implicando para los que tienen el deber de aplicarla (ya sean administraciones o jueces) que no puedan atender a otro *tertium comparationis* que el que la propia ley ofrece³⁶³. En este caso, se alude a la eficacia vinculante de los mandatos de igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley, y en las relaciones entre particulares³⁶⁴.

La igualdad ante la ley se manifiesta también ante la exigencia de equiparación que supone el tratamiento igual de situaciones que en la realidad no son idénticas porque existen contradicciones entre una y otra. Sin embargo, esas diferencias son irrelevantes para el goce de los derechos a todos concedidos en el ordenamiento jurídico³⁶⁵. De esta forma, la igualdad ante la ley protege a las personas frente a los privilegios, actos y normas discriminatorias que no tengan un fundamento racional o justo, y de igual manera ante las eventuales irracionalidades del mismo ordenamiento jurídico.

La igualdad en la práctica implica equiparación de situaciones, objetos o personas, porque resulta imposible que exista igualdad absoluta de relaciones o situaciones, pues en ellas, las diferencias identificadas son irrelevantes para justificar una desigualdad de trato. En ese sentido, en sus orígenes conceptuales, la igualdad no significaba la indiferenciación absoluta de trato jurídico, todo lo contrario, significaba la derogación del privilegio, y por ende, el establecimiento de una eficacia igual de la ley para todos³⁶⁶.

Han sido innumerables los ejemplos que ponen de manifiesto el principio de igualdad ante la ley. Pueden citarse entre ellos, la Constitución francesa de 1814

³⁶³ RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 621.

³⁶⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, "El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", en Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELASCO (Editores), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Serie justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 1ª. edición, Quito, diciembre 2010, p. 454.

³⁶⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El derecho a la igualdad ante la ley...", *cit.*, p. 74.

³⁶⁶ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 9, Madrid, 1983, p. 74.

que en su artículo primero estableció: “los franceses son iguales ante la ley, cualesquiera que sean su título y su rango”³⁶⁷. De igual forma, la Constitución Belga de 1831 en su artículo sexto estableció: “no hay en el Estado ninguna distinción de estamentos. Todos los belgas son iguales ante la ley”³⁶⁸.

El Estatuto Albertino italiano de 1848 en su artículo 24 estableció: “todos gozan de igual manera de derechos civiles y políticos, y son admisibles en los cargos civiles y militares, salvo las excepciones determinadas en las leyes”³⁶⁹. Por su parte, la Constitución de la Asamblea Nacional en la Paulskirche de Frankfurt de 1848, señaló: “todos los alemanes son iguales ante la ley”³⁷⁰. La Constitución prusiana de 1850 señaló: “todos los prusianos son iguales ante la ley. Se suspenden los privilegios de toda clase, los cargos públicos son accesibles por igual, observando las condiciones establecidas por las leyes, para los que estén capacitados para ello”³⁷¹.

La ley Estatal Fundamental austriaca sobre Derechos Generales de los Ciudadanos, de 1867, en su artículo 2 señaló: “ante la ley, todos los ciudadanos son iguales”³⁷². Por último, el artículo 4 de la Constitución de Suiza de 1874, establecía: “todos los suizos son iguales ante la ley. No hay en Suiza relaciones de vasallaje, ni privilegios de lugar, de nacimiento, de familia o de persona”³⁷³.

De la interpretación de estos preceptos se puede concluir que este mandato normativo no vinculó directamente al legislador, pues se consideró que el principio solo operaba para los que ejercían la función de aplicar la ley, en tanto, se consideraba la misma para todos³⁷⁴. De esta forma, la norma está diciendo

³⁶⁷ Carta Constitucional, Aprobada por la Cámara de los Pares y la Cámara de los Diputados, 4 de junio al 22 de julio de 1814, Francia.

³⁶⁸ Constitución de Bélgica, Aprobada por el Congreso, 7 de febrero de 1831, Bélgica.

³⁶⁹ Estatuto Albertino, Aprobado por el Parlamento, 4 de marzo de 1848, Italia.

³⁷⁰ Constitución de Frankfurt, 27 de marzo de 1849 Constitución de Frankfurt, Proclamada por el Parlamento de Fráncfort Paulskirche, 27 de marzo de 1849, Hese.

³⁷¹ Constitución del Estado Prusiano, Aprobado por la Asamblea Nacional, 31 de enero de 1850, República de Weimar.

³⁷² Ley Estatal Fundamental austriaca sobre Derechos Generales de los Ciudadanos, Aprobado por el Consejo Imperial, 21 de diciembre de 1867, Viena.

³⁷³ Constitución federal de la Confederación Suiza, Aprobada por la Asamblea Federal, 18 de abril de 1999, Berna.

³⁷⁴ OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, editorial Ariel, Barcelona, 2001, pp. 165 y 166.

que las diferencias no podrán ser utilizadas para justificar una desigualdad de trato, pues la propia norma los hace irrelevantes.

Muy unido al principio de equiparación, aparece el de diferenciación, pues si la equiparación significaba tratar de forma igual dos situaciones, objetos o personas; la diferenciación implica un tratamiento diferenciado de situaciones semejantes, siempre y cuando no exista discriminación.

Se configura así la igualdad ante la ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, mediante el cual se evitan los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquellos, siempre que se encuentren dentro de las mismas situaciones de hecho a las que debe corresponder un tratamiento jurídico igual. Con respecto a ello, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de España al establecer:

(...) la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades, pues de no actuarse legislativamente de tal manera, surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria, o al menos no debidamente justificada, del poder público legislativo. Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los arts. 53.1 y 9.3 de la Constitución, ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional (...)³⁷⁵.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de Perú, en sentencia de diciembre de 2011, siguiendo una línea de interpretación reiterada, señaló:

(...) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación

³⁷⁵ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 75/1983, de 3 de agosto (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1983).

objetiva y razonable (...) La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”.

Para fundamentar su posición, el Tribunal recurre a la explicación de dos conceptos complementarios: la diferenciación y la discriminación. En tal sentido, entiende que la diferenciación está constitucionalmente admitida, “atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables”. En cambio, “cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”³⁷⁶.

En el caso de la Corte Constitucional de Colombia, se plantea que:

(...) el respeto por la autonomía de cada individuo para desarrollar su propio plan de realización no es suficiente. Con razón el constituyente erigió a la igualdad y a la solidaridad como pilares del ordenamiento colombiano, en el entendido que la libertad y la iniciativa privada por sí solas no bastan para la materialización de un Estado social y democrático de derecho. El artículo 13 Superior aboga por una igualdad real y efectiva, y no simplemente una formal entre los ciudadanos. A partir de este postulado la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el propósito de hacer efectiva la igualdad material: “Una de las bases del Estado Social de Derecho es la consagración del principio de igualdad material, es decir, de igualdad real y efectiva, como expresión del designio del poder público de eliminar o reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales y lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano (Art. 1º de la Constitución) y un orden político, económico y social justo (preámbulo *ibídem*)”³⁷⁷.

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación establece:

“Que el art. 16 de la Constitución Nacional consagra una cláusula general de igualdad para todos los habitantes, que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que para introducir diferencias entre ellos debe existir una suficiente justificación que aparezca objetiva, fundada y razonable y que sus consecuencias no resulten desproporcionadas respecto de la finalidad perseguida, de manera de evitar resultados excesivamente gravosos. En tal sentido, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. En consecuencia, la diferencia de

³⁷⁶ Tribunal Constitucional Peruano, Caso Expediente No. 02835-2010-PA/TC, de fecha 13 de diciembre de 2011, Lima Empresa Pesquera San Fermín S.A.

³⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-043/15, de fecha 4 de febrero de 2015, p. 19.

trato debe sustentarse en la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida³⁷⁸.

En el caso de la Corte Constitucional de Ecuador se ha expresado lo siguiente:

(...) la igualdad en su dimensión formal, tradicionalmente denominada “igualdad ante la ley” significa que 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 tratamiento³⁷⁹.

Sin embargo, cuando se aborda el tema del derecho a la igualdad ante la ley, (...) no solo debe pensarse en la igualdad en la aplicación del Derecho, sino también en una igualdad en cuanto a la formulación del Derecho; mediante el cual el órgano legislativo, encargado de proteger los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, a través de las denominadas garantías normativas, debe precautelar el desarrollo normativo acorde al marco constitucional vigente, y en la especie, el derecho a la igualdad³⁸⁰.

2. La igualdad en la aplicación de la ley

La igualdad también amplió su reconocimiento al momento de aplicación de la ley, lo que significa que la misma será entendida como la igualdad en la aplicación de esta, es decir, no basta que la ley sea la misma para todos, sino que también debe aplicarse por igual a todos, sin excepciones. En este caso nos referimos al momento de interpretación de la ley para su aplicación, lo que significa que, aunque la ley sea la misma, puede manipularse en el proceso en que pasa de una norma general y abstracta a una decisión concreta.

Este principio de igualdad en la aplicación de la ley, constituye un mandato dirigido a los poderes del Estado que se encargan de aplicar el Derecho (judicial y ejecutivo), mediante el cual tienen la prohibición de aplicar e interpretar las norma de forma diferente en aquellos casos que sean iguales³⁸¹. Para este supuesto, se exige un trato igual a todos aquellos que se encuentren en la misma

³⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional, de fecha 4 de septiembre de 2007, considerando 8, primer párrafo, del voto del Dr. Maqueda).

³⁷⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 010-14-SEP-CC, Caso No. 1250-11-EP, de fecha 15 de enero de 2014, p. 15.

³⁸⁰ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 019-16-SIN-CC, Caso 0090-15-IN, de fecha 22 de marzo del 2016, p.15.

³⁸¹ RUIZ CARBONEL, Ricardo, *El principio de igualdad entre mujeres y hombres... cit.*, p. 18.

situación, prohibiéndose el cambio de criterio judicial arbitrario, considerándose legítimo solo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro³⁸².

Por ende, ni el Estado, ni la administración podrán, en el ejercicio de sus funciones, conceder un trato distinto a quienes se encuentren en la misma situación. Como señala la Sentencia 49/1982 del Tribunal constitucional español “un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”³⁸³.

Más adelante, el mismo Tribunal Constitucional español define los requisitos necesarios para apreciar la infracción de la igualdad en la aplicación de la ley. En tal sentido, se citan los siguientes: “la acreditación de un *tertium comparationis*; la identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección; la existencia de alteridad en los supuestos contrastados; y la ausencia de toda motivación que justifique el cambio de criterio”³⁸⁴.

La igualdad en la aplicación de la ley debe aplicarse a decisiones de un mismo órgano judicial, no de otros. Como regla de oro exige que los casos idénticos sean resueltos del mismo modo, lo cual no impide que el mismo juez o tribunal fallen de modo diferente, casos que resulten idénticos. En todo caso, lo que exige es la argumentación razonable en el supuesto que cambien de criterio. En este caso se confirma el criterio de que la igualdad no es un corsé que oprime a quienes crean o aplican el Derecho, sino una regla con fuerte sustento axiológico que admite también posibles excepciones, siempre que los argumentos varíen en el orden de su eficacia y veracidad.

En tal sentido, debe valorarse que esta implicación práctica del principio de igualdad, muestra que el Derecho no se agota en la norma. Desde una

³⁸² Vid. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 27/2006, de 30 enero (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2007).

³⁸³ Vid. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 49/1982, de 14 de julio (BOE núm. 185, de 04 de agosto de 1982).

³⁸⁴ Vid. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 11/2013, de 28 de enero (BOE núm. 49, de 26 de febrero de 2013).

perspectiva positivista, sería suficiente decir que todos los hombres son iguales ante la ley. Sin embargo, las normas, caracterizadas por su generalidad y abstracción, luego despliegan una efectividad propia y peculiar cuando se aplican a la solución de los variados conflictos que forman parte de la realidad social y que deben ser evaluados y solucionados por los funcionarios encargados de aplicarlas. La interpretación, en este proceso, constituye una herramienta esencial para lograr que la solución que resulte para cada caso, sea respetuosa del principio de igualdad y realice la justicia.

En este proceso, hay un ámbito de libertad en mano de los operadores del derecho, los que, en ese ejercicio de interpretación, argumentación y solución, al aplicar la misma ley a todos, deben hacerlo procurando no generar situaciones de discriminación. Una de las variables que en este ejercicio no puede soslayarse, es que los jueces u otros funcionarios, son seres humanos, con prejuicios, creencias y criterios, alimentados por su formación moral, política y hasta religiosa, los que pueden impactar en sus decisiones. Es por eso que, para la realización de la igualdad desde este enfoque de la aplicación de la ley, otros principios como la imparcialidad o la independencia judicial, o la exigencia de argumentación, pueden ser garantes esenciales.

Algo que complejiza aún más la aplicación de las normas jurídicas, es que estas generalmente permanecen vigentes por largos períodos de tiempo, durante el cual, las circunstancias sociales cambian y se alejan de aquellas realidades que rodearon el nacimiento de una ley. En ese caso puede ocurrir que, si esta se aplica a su tenor literal, se generen situaciones discriminatorias. Es por eso que la igualdad, desde el punto de vista teleológico, debe guiar la aplicación de la ley.

2. La igualdad en la ley

La igualdad en la ley o igualdad en el trato dado por la ley, se refiere al carácter que la define como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador. Complementándose con el principio de igualdad ante la ley, no solo se enfoca en la relación que existe entre las leyes y los ciudadanos, sino que está enfocada a su contenido, mediante el cual se construye un límite al

establecimiento de las distinciones, y aun cuando estas existan, deben ser razonables y objetivas³⁸⁵.

Esta proyección de la igualdad constituye un límite impuesto al ejercicio del poder legislativo, que implica que, para situaciones de hecho iguales, se deben concebir soluciones iguales. De este modo, el principio de igualdad no constituye sólo un límite formal, sino también material, que impacta en el contenido del ordenamiento³⁸⁶.

El Tribunal Constitucional de España ha dicho que: “el principio de igualdad opera, en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador, o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”³⁸⁷.

“En otro plano, en el de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que esta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma. Situados ya en este plano de la aplicación, es forzoso, claro está, operar una segunda distinción para tomar en cuenta la diferente situación en la que al

³⁸⁵ Afirma CARBONELL que la doctrina de la Corte de Derechos Humanos consideró correcto evaluar si las distinciones realizadas por la norma son acordes a los propios fines propuestos por ella; y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y al mismo tiempo debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima. RUIZ CARBONELL, Ricardo, *El principio de igualdad entre mujeres y hombres... cit.*, p. 17.

³⁸⁶ Vid. CUEVAS ROQUE, Elena García, “La Igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación”, en *Revista de Derecho de la UNED*, No. 16, Madrid, 2015, p. 254.

³⁸⁷ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 144/1988, de 12 julio (BOE núm. 189, de 08 de agosto de 1988).

respecto se encuentran los órganos administrativos, de una parte, y los órganos judiciales de la otra”³⁸⁸.

De este modo, la igualdad se hace presente como exigencia previa y posterior a la ley. En la creación de la ley, esta debe concebirse para ser aplicada a destinatarios generales, con características similares y en situaciones iguales. Además, en su contenido, debe cuidarse de no generar diferencias con sesgo discriminatorio. Por último y de modo “posterior”, la ley, con presumible vocación de igualdad, debe ser aplicada por los funcionarios correspondientes, con la responsabilidad de garantizar la igualdad al concretar los contenidos normativos a las situaciones fácticas concretas y a los sujetos específicos que en ellas intervienen. De este modo se cierra el ciclo imprescindible para garantizar la igualdad como valor, principio y derecho.

2.4. Sobre la igualdad formal y material. Presupuestos teórico prácticos

La igualdad como principio se ha distinguido históricamente desde la obra de HERMANN HELLER, entre igualdad formal, o igualdad ante la ley; y la igualdad material o real³⁸⁹.

En el caso de la igualdad formal, o igualdad como prohibición de trato arbitrario³⁹⁰, significa la exigencia jurídico política sintetizada en el principio de igualdad ante la ley. Lo cual supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho³⁹¹.

³⁸⁸ *Idem*.

³⁸⁹ *Vid.* HELLER, Hermann, *Las ideas socialistas*, Escritos Políticos (selección y prólogo de A. López Pina), editorial Alianza, Madrid, 1985, p. 322 y SOBERANES DÍEZ, José María, “La igualdad ante la jurisprudencia”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México DF., No. 29, julio-diciembre 2013, pp. 35 y 36.

³⁹⁰ GONZÁLEZ LE SOUX, Marianne y Oscar, PARRA VERA, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del caso Apitz”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 47, San José, enero-junio 2008, p. 129.

³⁹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad... cit.*, p.19; HERRERO OVIEDO, Margarita, Marta OTERO CRESPO y Francisco INFANTE RUIZ, “Libertad. Violencia. No discriminación”, Judith SOLÉ RESINA; M.^a del Carmen GETE-ALONSO CALERA (dir.), en *Tratado de Derecho de la persona física*, Vol. 2, 2013, pp. 686 y 687.

En el caso de la igualdad ante la ley, igualdad formal, como se ha explicado, se constituye en un postulado fundamental del Estado liberal de Derecho, y es precisamente una de las primeras manifestaciones de las libertades individuales³⁹². Esta ha sido enunciada como el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho³⁹³. La concepción formal de la igualdad se relaciona con el momento de aplicación de la ley, la que tendrá que realizarse sin excepciones ni consideraciones personales, mediante un tratamiento igual a todos los que de una manera u otra se someten a la misma norma, sin distinciones injustificadas en el contenido legal de las mismas.

La igualdad formal implica que, ante el sistema jurídico y no exclusivamente ante la ley, todas las personas deben ser tratadas de igual manera, sintetizándose ello en la versión clásica que la doctrina defiende, tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, lo cual significaba que cabía trato diferenciado si es que la ley lo establecía³⁹⁴. Por ello, la igualdad es contraria a las indiferencias de trato jurídico, y significa la prohibición del privilegio, asumiendo como regla la aplicación de la ley de igual forma para todos.

Como lo ha expresado la Corte Constitucional del Ecuador: "(...) la igualdad en su dimensión formal, tradicionalmente denominada igualdad ante la ley significa que las normas jurídicas deben ser aplicadas a todas las personas, sin distinción de ninguna clase. De esta forma, las prerrogativas y cargas que otorga el derecho objetivo deben ser aplicados entre los sujetos de derechos constitucionales, o aquellos que se hallen en determinada situación jurídicamente relevante, con el objetivo de recibir el mismo tratamiento"³⁹⁵.

³⁹² PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *Revista del Centro de Estudios constitucionales*, No. 22, Madrid, septiembre-diciembre 1995, p. 18.

³⁹³ CARMONA CUENCA, Encarnación, "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* No. S4, Madrid, abril-junio 1994, pp. 265-267.

³⁹⁴ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Los principios de aplicación de los derechos", en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el Derecho Comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1^{ra} edición, Quito, 2008, p. 49; SOBERANES DÍEZ, José María, "La igualdad ante la jurisprudencia...", *cit.*, p. 314.

³⁹⁵ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 019-16-SIN-CC, Caso 0090-15IN, de fecha 22 de marzo de 2016, p. 14.

Ciertamente, la noción formal de la igualdad, fue la primera planteada por el Derecho, vinculada a la protección jurídica de los derechos fundamentales. Dentro de sí esta concepción se fue perfeccionando, incluyendo, como se ha analizado, la igualdad ante la ley, la igualdad en la ley y en su interpretación y aplicación. Sin embargo, la vida mostró que existen situaciones reales que colocan a las personas en condiciones de desigualdad ante la misma ley. Frente a la insuficiencia de la noción de igualdad formal para el logro de una garantía plena de igualdad para todos, aparece la concepción material de la igualdad, que se proyecta desde el ámbito jurídico, pero tiene una complejidad mayor e implica a todos los entes sociales y políticos.

La igualdad material, sustantiva o real³⁹⁶, o también denominada, económica o democrática³⁹⁷, atribuye a los poderes públicos la tarea de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sea real y efectiva³⁹⁸. BOBBIO la denomina como igualdad respecto de los bienes materiales o igualdad económica³⁹⁹. Sus orígenes jurígenos se sitúan en la Alemania de Weimar⁴⁰⁰, y puede definirse como una reinterpretación de la igualdad formal en el Estado social de Derecho⁴⁰¹, que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, promueve una equiparación real y efectiva de los mismos⁴⁰². Esta proyección responde a la necesidad de todos los seres

³⁹⁶ Para ALEXY, la igualdad material se denominaría también igualdad de hecho. *Vid.* ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... cit.*, p. 402.

³⁹⁷ FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, María Encarnación, "Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. X, España, 1993, p. 63.

³⁹⁸ SOBERANES DÍEZ, José María, "La igualdad ante la jurisprudencia", *cit.*, p. 314.

³⁹⁹ BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad... cit.*, p. 72.

⁴⁰⁰ Constitución alemana de Weimar, Alemania, Aprobada por la Asamblea Constituyente el 14 de agosto de 1919.

⁴⁰¹ La Constitución de Italia de 1947 también reconoce la igualdad material cuando en su artículo 3.2 manifiesta: "Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". Posteriormente, fue la Constitución española de 1978 la que en su artículo 9.2 se refiere a la igualdad real o material al expresar: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social", en tanto la igualdad formal se regula en el artículo 14 de la propia Constitución cuando dice "Los españoles son iguales ante la ley (...)".

⁴⁰² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad...*, *cit.*, p. 259; CARMONA CUENCA, Encarnación, "El principio de igualdad material en la jurisprudencia...", *cit.*, p. 271; CARMONA

humanos de disfrutar de condiciones materiales para su existencia⁴⁰³. La idea de igualdad en su dimensión material, ha marcado el sentido de las luchas sociales por los derechos humanos, entendiendo a estos no ya sólo como derechos, sino también como medios de vida⁴⁰⁴.

La igualdad material es el resultado más reciente que a través de las constituciones se ha logrado, para las cuales ya no fue suficiente con el reconocimiento de la igualdad formal⁴⁰⁵, sino que mediante ella se logró la transformación de todas aquellas situaciones que impiden a las personas el goce y ejercicio pleno de los derechos, así como el acceso a las oportunidades a través de medidas sociales, jurídicas, estructurales o de políticas públicas.

Con este principio se requiere al Estado para que asuma la obligación de crear la condiciones que propendan a la igualdad real de todos los ciudadanos en la sociedad, generándose un compromiso para el Estado de eliminar todos los obstáculos que en el plano económico y social provocan desigualdades que impiden el disfrute de los derechos. De tal modo, el ente político público, sujeto obligado, es el encargado de diseñar políticas y realizar acciones concretas en el ámbito educacional, de la actividad económica y social que favorezca la creación de oportunidades y la redistribución de la riqueza social.

Definida así la igualdad, cabe precisar que existe una distinción entre la denominada igualdad formal o igualdad ante la ley; y la igualdad material o igualdad real. En términos jurídicos, ambos tipos de igualdad poseen un mismo núcleo común que consiste en la comparabilidad de ciertas características para establecer su aplicación. No obstante, divergen en sus efectos, enfocándose el

CUENCA, Encarnación, "El principio de igualdad material en la Constitución Europea", en *Revista Foro Constitucional Iberoamericano*, No. 8, Madrid, 2004, p. 7.

⁴⁰³ SECO MARTÍNEZ, José María, "De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones Previas y problemas a revisar", en *Revista Derechos y Libertades*, No. 36, Época II, Madrid, enero 2017, p. 87.

⁴⁰⁴ Esta dimensión material de la igualdad supone que las personas que se hallen en condiciones diferentes requieran un trato diferenciado que permita equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos." *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 344-16SEP-CC, Caso 1180-10-EP, de fecha 26 de septiembre de 2016, p. 23.

⁴⁰⁵ PÉREZ PORTILLA, Karla, "Acciones positivas", en *Anuario 2003 de la Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Carbonell, Miguel (coord), editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2003, pp. 2-5.

primer tipo en la restricción de la discriminación; y el segundo en el respeto a la diferencia.

La igualdad, por tanto, como proceso histórico de emancipación humana, trasciende el plano estrictamente jurídico-formal. Es más, este se ve potenciado por esa disposición “histórica” para democratizar la sociedad y mejorar la vida de las personas. En esto consiste la dimensión material del principio de igualdad, en esta “disposición” ética e histórica basada en la producción y desarrollo de la justicia social como criterio y principio para la acción⁴⁰⁶. Los derechos humanos y la democracia, con sus prácticas de lucha y sus tradiciones, no se entienden hoy sin la idea de igualdad como principio necesario, de distribución igualitaria del poder y de la riqueza entre y para la gente.

La igualdad va más allá de su dimensión formal, lo que significa que no se agota solamente en la igualdad jurídica, sino que tiene otro objetivo, y es el de democratizar la sociedad y mejorar la vida de las personas. Justamente se basa entonces esta idea de igualdad en la justicia social como principio que responde a la propuesta de igualdad material. Por ende, la igualdad formal no puede desplegar su contenido si se aparta de las condiciones materiales y reales de los ciudadanos⁴⁰⁷.

La mera igualdad formal o ante la ley debe ser corregida tomando en consideración la posición social real en que se encuentran los individuos a los que se va a aplicar esa ley. Por ello, afirma HELLER: “La igualdad formal de la democracia política, aplicada a situaciones jurídicas desiguales, produce un Derecho material desigual, contra el cual declara su hostilidad la democracia social”. Si se tiene en cuenta que la existencia de desigualdades económicas y sociales entre los individuos es una realidad, una interpretación material del principio de igualdad supone la exigencia de que sea el Estado el encargado de hacer realidad este principio⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, “Los planos de vigencia de la igualdad material en el contexto de una comprensión compleja de la igualdad”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 13, No. 20, Madrid, 2009, pp. 57-78.

⁴⁰⁷ SECO MARTÍNEZ, José María, “De la igualdad formal a la igualdad material...”, *cit.*, p. 65.

⁴⁰⁸ CARMONA CUENCA, Encarnación, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia...”, *cit.*, pp. 270 y 271.

Puede afirmarse entonces que la igualdad formal tiene relación con la garantía de identidad de trato a todos los destinatarios de una norma jurídica, evitando la existencia injustificada de privilegios. Por su parte, la igualdad material se refiere a la real posición social del individuo a quien va a ser aplicada la ley, con el objetivo de evitar injusticias⁴⁰⁹.

De lo anterior se colige una realidad, y es que en todas las sociedades existen desigualdades sociales y económicas entre los individuos. Por tanto, una interpretación material del principio de igualdad exige que sea el Estado, como garante de los derechos, el principal responsable de hacer realidad este principio. No resulta suficiente, como ya se ha expresado, el hecho de que el Estado dicte normas no discriminatorias, será necesario que adopte medidas y acciones afirmativas o positivas para conseguir la igualdad efectiva de todos los ciudadanos, las que deberán aplicarse como mecanismos imprescindibles para lograr la igualdad sustantiva en el goce y ejercicio de sus derechos.

Todo lo anterior está en perfecta correspondencia con la idea de una doble dimensión de la igualdad material: la igualdad en el punto de partida o igualdad de oportunidades, entendida como la no discriminación de ninguna persona en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes con miras a su participación en la producción, la cultura, la normativa vigente o en cualquier faceta de la organización social. A su vez, la igualdad en el punto de llegada o igualdad de resultados es aquel grupo de medidas que deben tomar los poderes públicos para lograr una similitud en la calidad de vida e igual satisfacción de las necesidades humanas básicas⁴¹⁰.

La igualdad como punto de partida, impone, desde la Constitución, la obligación de los poderes públicos de garantizar, respetar y proteger los derechos fundamentales de las personas, entre las que se encuentra la igualdad de oportunidades para que todas las personas que se encuentran en situación de desventaja, puedan acceder a las mismas oportunidades de aquellos que se

⁴⁰⁹ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP, de fecha 15 de noviembre del 2016, p. 19.

⁴¹⁰ ALARCÓN CABRERA, Carlos, "Reflexiones sobre la igualdad material...", *cit.*, p. 31; MORÁN NAVARRO, Sergio Arnoldo y Ma. Antonia ABUNDIS ROSALES, "El Derecho Humano a la igualdad en la Constitución mexicana...", *cit.*, pp. 149 y 150.

encuentran en diferente situación. En este caso, la igualdad se relaciona con la no discriminación de ningún individuo en el ejercicio de sus derechos y de su participación en la vida social, para acceder sin obstáculos arbitrarios a las mismas posibilidades que los demás. Esta igualdad se refiere a la igualdad formal o igualdad ante la ley, vinculada estrechamente con la libertad, cuando exige la inexistencia de trabas que dificulten el desarrollo humano.

La igualdad de oportunidades, aunque necesaria, es insuficiente por sí sola para lograr una distribución igualitaria y justa de ingresos y poder, por ello, para alcanzarla es necesario garantizar que no exista ningún tipo de discriminación; y eso solo se logra si en la distribución de los recursos existe igualdad y se exige la aplicación de acciones positivas⁴¹¹.

Por ello, la igualdad en el punto de llegada, o igualdad de resultados, es entendida como la culminación de la igualdad sustantiva, aquella que toma en cuenta el conjunto de medidas que deben adoptar los poderes públicos para el logro de una semejante calidad de vida y de una igual satisfacción integral de las necesidades humanas básicas. Por ello, será el instrumento que frena la auténtica realización de la igualdad de oportunidades⁴¹².

La igualdad de resultados garantiza el ejercicio de los derechos a las personas mediante la eliminación de las distinciones, restricciones o amenazas que menoscaben el ejercicio de los derechos. El principal objetivo de la igualdad de resultados es que todas las personas puedan ejercer sus derechos sin discriminaciones e igualdad de oportunidades y trato que favorezca el ejercicio de los derechos, lo que crea un vínculo estrecho entre la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados⁴¹³.

Si se realiza una comparación, podemos decir que la igualdad de oportunidades constituye una obligación del Estado que debe proporcionar igual oportunidad para todos, con el objetivo de lograr un equilibrio justo de situaciones desde el

⁴¹¹ FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, María Encarnación, "Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. X, España, Madrid, 1993, p. 63.

⁴¹² ALARCÓN CABRERA, Carlos, "Reflexiones sobre la igualdad material...", *cit.*, p. 31

⁴¹³ MORÁN NAVARRO, Sergio Arnoldo y Ma. Antonia ABUNDIS ROSALES, "El Derecho Humano a la igualdad en la Constitución mexicana...", *cit.*, pp. 150 y 151.

mismo punto de partida. En cambio, la igualdad de resultados constituye una obligación de la persona, y los resultados dependerán del esfuerzo individual y el compromiso que asuma cada uno.

Es importante puntualizar al respecto, que puede partirse de presupuestos formales de la igualdad, pero si las condiciones materiales de disfrute de los derechos no se equiparan teniendo en cuenta las diferencias, el resultado puede ser discriminatorio. Por el contrario, aunque dichas condiciones se garanticen, si los criterios jurídico formales contenidos en la ley tienen sesgos discriminatorios, será difícil, al menos en cumplimiento de la legalidad, que los jueces y funcionarios logren soluciones de respeto a este derecho. Con ello se manifiesta que ambas proyecciones son interdependientes e imprescindibles para el logro de la igualdad real.

Cuando hablamos de igualdad, no queremos significar que los hombres deben ser iguales, sino que estos deben ser tratados conforme a los mismos parámetros; aunque de manera diferencial, en tanto las diferencias en juego sean relevantes. Bajo este presupuesto, se desprenden dos efectos. El primero se refiere a que dentro del principio de igualdad se incluye el hecho de reconocer que los ciudadanos puedan ser tratados de manera diferencial, siempre y cuando las diferencias en análisis sean relevantes desde determinado punto de vista. La segunda consecuencia es la que más nos interesa en este contexto, pues se desprenden del principio de igualdad o están conectados con él dos supuestos importantes: el principio de no discriminación y el principio de protección.

El principio de no discriminación, como se suele decir, es conocido como el principio negativo del principio de igualdad, al prohibir diferenciaciones sobre fundamentos irrelevantes, arbitrarios, o irrazonables⁴¹⁴. Este principio puede

⁴¹⁴ La discriminación es el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades. Generalmente, se usa la no discriminación para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos cuando estos se encuentran en la misma situación jurídica. Según la doctrina constitucional, la discriminación ha sido una de las principales fuentes de desigualdad, debido a que como ciertas personas están marginadas de las decisiones, se les priva de ciertos derechos fundamentales, tales como la salud, la seguridad social, la educación, el trabajo, entre otros, estando en las mismas condiciones jurídicas." *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP de fecha 15 de noviembre de 2016, p. 15, y Sentencia No. 139-15-SEP-CC, Caso 1096-12-EP de fecha 29 de abril de 2015, p. 14.

formularse de la siguiente manera: “a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona puede ser preferida a otra”⁴¹⁵.

En el caso del principio de protección, este se ha diseñado con el objeto de lograr una igualdad positiva a través de lo que se denomina discriminación inversa y acción positiva⁴¹⁶, lo cual significa que el principio de igualdad no sólo otorga el derecho a no sufrir discriminación (estatus negativo)⁴¹⁷, sino que también confiere el derecho a recibir acciones positivas del Estado⁴¹⁸.

Se afirma entonces que el principio de igualdad de hecho puede entenderse como el derecho subjetivo que todos tienen a un trato jurídico desigual, con el único fin de conseguir la igualdad real sólo si desplaza a los demás principios que se opongan a ella. Por ello, los sujetos que se encuentren en condiciones diferentes, requieren un trato diferente que les permita igualar la posición de igualdad en el goce y ejercicio de sus derechos.

En el orden jurídico, aunque la igualdad real y la igualdad formal son términos diferentes, resulta imposible afirmar que son términos contrapuestos, pues mediante la igualdad real se establecen diferencias de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales (señaladas en los diferentes textos constitucionales como la etnia, el lugar de nacimiento, la edad, el sexo, la religión, la filiación política, la condición migratoria, la orientación sexual, la discapacidad, entre otros), y se toman en cuenta criterios de desigualdad no solo jurídicamente razonables y válidos, sino también legítimos.

Esto, en definitiva, significa que la igualdad real se ubica dentro del conglomerado conceptual de la igualdad, pues la igualdad real es el complemento ineludible de

⁴¹⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley...”, *cit.*, p. 71

⁴¹⁶ Las acciones positivas son aquellas medidas temporales que se toman con el objetivo de *eliminar las desigualdades existentes contra grupos históricamente discriminados*. *Vid. Infra*, capítulo 3, epígrafe 3.3.

⁴¹⁷ *Vid.* ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...* *cit.*, pp. 417 y 418.

⁴¹⁸ Pueden citarse como acciones positivas del Estado, por ejemplo, las prestaciones, ayudas económicas (subsidios) a desempleados, las pensiones mínimas, las becas, entre otras; acciones para favorecer la participación social y política de colectivos o grupos sociales tradicionalmente excluidos u olvidados de la agenda política como, por ejemplo, las orientadas a la integración de la mujer en la esfera pública. *Vid.* CUEVAS ROQUE, Elena García, “La Igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación...”, *cit.*, pp. 251-256.

la igualdad formal cuando existen en juego criterios de diferenciación de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales en desventaja, como los que ya mencionamos anteriormente. Así, cuando concurren esos criterios de desigualdad que justifican la razonabilidad de las diferencias, existe a su favor una presunción constitucional *iuris tantum* de validez.

Como colofón se puede alegar que en el Estado social, la igualdad real es una especie del género igualdad formal, porque esta es, en realidad, una igualdad substantiva que va más allá de la máxima aristotélica de tratar igual a lo semejante⁴¹⁹.

El principio de igualdad constituye uno de los pilares fundamentales de cualquier Estado, imponiéndoles el compromiso de tratar a todos de tal forma que las cargas y las ventajas se distribuyan igualitariamente entre ellos. Para BERNAL PULIDO, de ese compromiso devienen cuatro reglas que constatan la igualdad: primero, el trato idéntico a los destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; segundo, el trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; tercero, el trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (lo que significa que exista un trato igual a pesar de la diferencia); y cuarto, un trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (lo que significa un trato diferente a pesar de la similitud)⁴²⁰.

Las cuatro reglas enunciadas se sustentan en dos dimensiones, una objetiva, y la otra subjetiva. La dimensión objetiva define el principio de igualdad, la subjetiva, por el contrario, el derecho a la igualdad. Si hablamos de la igualdad como derecho, nos estamos refiriendo al derecho que tienen los individuos para exigir, ya sea al Estado o los particulares, el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad.

⁴¹⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio*, editorial Arazandi, Madrid, 2019, p. 17.

⁴²⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, "El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional...", *cit.*, p. 452.

De las reglas mencionadas sobre el principio de igualdad, vale la pena detenerse en el análisis de las dos últimas, es decir, aquellas que se refieren al trato igual a pesar de la diferencia; y al trato diferente a pesar de la similitud. Son estas precisamente las más difíciles de aplicar, en tanto para ello se hace necesario definir si las semejanzas en las situaciones de las personas afectadas deben prevalecer sobre las diferencias, y justifican un trato paritario; o si, por el contrario, esas diferencias deben prevalecer sobre las similitudes y exigen a su vez un trato diferenciado.

2.5. La exigencia de no discriminación como garantía del derecho a la igualdad

La prohibición de discriminación constituye un pilar de la teoría de los derechos constitucionales. Por ello, se afirma que, en materia de derechos humanos, es uno de los principios jurídicos reconocidos a nivel nacional e internacional.

Discriminar, en los términos que pretende esta investigación, supone adoptar una actitud o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial, injusta y vejatoria, o formular una distinción que es contraria a la dignidad de alguien. Entonces, discriminar es tratar de forma desigual a una persona o grupo de ellas, de modo que no resulta admisible ni razonable⁴²¹.

Este fenómeno es abiertamente contradictorio con la noción de igualdad que ha sido analizada en sus tres dimensiones y sus planos. Cuando se alega la igualdad ante la ley, esta debe ser aplicada a todos de forma similar, siempre que se encuentren en la misma situación, y sin que nadie pueda establecer diferencias, en relación a la persona o circunstancia, que no sean las previstas en las normas legales⁴²². Las distinciones habrá de hacerlas el legislador, con la debida justificación, pues cualquier trato discriminatorio o diferencia injustificada se considera inconstitucional, contraria a los derechos humanos, a la dignidad y a la justicia.

⁴²¹ *Apud.* RABOSI, Eduardo, "Derechos humanos: el principio de igualdad...", *cit.*, p. 179.

⁴²² RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, editorial Ariel Derecho, Madrid, 1995, pp. 110 y 111.

La igualdad en su configuración como derecho, constituye una facultad o atributo inherente a toda persona, y cualquier afectación que esta sufra, se considerará un acto discriminatorio. De esta forma surge y se fundamenta el principio de no discriminación como un criterio derivado de la igualdad, principio básico del ser humano, elevado a la categoría de *ius cogens*, prohibiendo toda diferenciación realizada sobre fundamentos irrelevantes, desmedidos o simplemente no razonables.

Desde una formulación negativa podría decirse que el principio no discriminatorio es aquel que impide la preferencia de una persona con respecto de otra, a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, de conformidad con algún criterio aceptado e identificable por su asiento en el interés general, la justicia y los restantes valores del ordenamiento jurídico⁴²³.

Como todo criterio axiológico, le afecta un margen importante de ambigüedad que solo puede verse satisfecho cuando se pondera o se valora su aplicación respecto de las circunstancias del caso al que resulta aplicable y en interacción con otros principios colindantes, que determinan su peso. De este modo, es visible su acción conjunta con la igualdad, como la otra cara de una misma moneda.

En tal sentido, la no discriminación se expresa, sobre todo, respecto de criterios habitualmente utilizados para excluir o apartar a personas o grupos de ellas, al amparo de criterios morales, ideológicos que no tienen una justificación, ni fundamento razonable, ni justo y que están normalmente asociados a raza, género, orientación sexual, religión, creencia o fe, afiliación u opinión política, idioma, procedencia social, origen nacional o étnico, edad, estado civil, condición y/o estado físico o mental, padecimiento o enfermedad.

El principal objetivo del principio es consecuente con la necesidad de terminar con la situación de inferioridad en que históricamente se ha colocado a ciertas personas o grupos de ellas. Además su verdadera aplicación y consolidación

⁴²³ *Apud.* RABOSI, Eduardo, "Derechos humanos: el principio de igualdad...", *cit.*, p. 179; NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena, "El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente", *Lan Harremanak*, en *Revista de Relaciones Laborales*, No. 25, 2012, p. 24.

está directamente vinculada con la exigencia de un trato desigual compensador, acción positiva, para alcanzar lograr la igualdad real y efectiva de los marginados⁴²⁴. Ello a pesar de que el principio en cuestión está muy asociado a la igualdad formal por la cancelación de las diferencias en situaciones iguales.

De esta aseveración se plantea la cuestión de si la no discriminación es una simple derivación del principio de igualdad, o si, por el contrario, posee una expresión propia, más específica que le hace autónomo. No caben dudas de que hay un vínculo muy estrecho, como ya se ha planteado con la igualdad, pero también es cierto que tiene un contenido y propósito bastante marcado, al actuar como cortina de hierro contra cierto tipo de conducta segregacionista referida a un grupo de cualidades, claramente especificadas en norma, sobre las que no cabe opinión validante para el demérito de una persona⁴²⁵.

Pues bien, al proyectarse de este modo, la exigencia de no discriminación actúa como una garantía del principio de igualdad. Esta cuestión o comportamiento podrá apreciarse cuando se analicen los diferentes casos paradigmáticos de la jurisprudencia ecuatoriana⁴²⁶.

2.6. La igualdad y el principio de proporcionalidad

Cuando se alude al principio de igualdad, no puede decirse que se trate solamente de la prohibición de tratos desiguales sin fundamento razonado, pues la igualdad ante la ley tiene un carácter proporcional⁴²⁷. Significa ello que cuando se establecen diferencias referidas a grupos de personas, o diferencias basadas en escenarios que se traducen en un tratamiento desigual de personas; se debe realizar un análisis pormenorizado atendiendo al principio de proporcionalidad, pues justamente el trato desigual puede vulnerar otros derechos fundamentales

⁴²⁴ NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena, "El principio de igualdad y no discriminación...", *cit.*, p. 25.

⁴²⁵ APARISI MIRALLES, Ángela, "Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad...", *cit.*, pp. 282-293.

⁴²⁶ *Vid infra*. epígrafe 2.9 "Los principios de igualdad y no discriminación en los pronunciamientos de la Corte Constitucional ecuatoriana".

⁴²⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El derecho a la igualdad ante la ley...", *cit.*, p. 812.

reconocidos. De allí que se califique la proporcionalidad como un principio de razonabilidad y sentido común⁴²⁸.

Los orígenes del principio de proporcionalidad, entendido como *Verhältnismäßigkeit* en Alemania; *proportionality* en Gran Bretaña; *proportionnalité* en Francia⁴²⁹, se remontan al siglo XVIII. Fue Alemania el primer país que utilizó el método para resolver la colisión de principios⁴³⁰ a través de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional. Con el objetivo de frenar la arbitrariedad del legislador al momento de regular derechos fundamentales les reconoció el rango constitucional por su propia esencia, estimándolos una expresión de la libertad de los ciudadanos frente al Estado. Por esta razón, no podían ser limitados por el poder político, sino solo cuando fuese necesario para la protección de los intereses públicos⁴³¹.

Posteriormente, con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, el Tribunal Constitucional Federal también desarrolló el concepto de la proporcionalidad como principio general de rango constitucional para la protección de los derechos y libertades fundamentales, presidiendo la actuación de los poderes públicos⁴³² para que sus acciones estén contenidas dentro de sus propios límites, prohibiendo la interdicción de sus actuaciones o intervenciones excesivas⁴³³.

Tal es así, que el Tribunal Constitucional español, desde su más reciente jurisprudencia, aseveró que el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos

⁴²⁸ PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Tórculo Edicions, Santiago de Compostela, 2003, p. 4.

⁴²⁹ BARNES, Javier, "Introducción al Principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario", en *Revista de Administración Pública*, No. 135, septiembre-diciembre 1994, p. 497.

⁴³⁰ STONE SWEET, Alec y Mathews, JUD, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, Singapur, 2008, p. 78.

⁴³¹ DÍEZ GARGARI, Rodrigo, "Principio de Proporcionalidad, Colisión de principios y el Nuevo Discurso De La Suprema Corte", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 26, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF., enero-junio 2012, p. 68.

⁴³² FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público común europeo*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008, p. 283; ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10, No. 1, 2012, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, p. 68.

⁴³³ PEREIRA MENAUT, Antonio, *Sistema político y constitucional... cit.*, p. 6.

fundamentales⁴³⁴; y no solo eso, sino que también se deriva del valor justicia. De este modo se afirma que si la proporcionalidad es una noción íntimamente ligada a ella⁴³⁵, se trata de un criterio ponderativo que se identifica con lo razonable. Por ende, nos encontramos ante una de las técnicas que, junto a la ponderación, constituyen la solución que se propone cuando los derechos y libertades entran en conflicto⁴³⁶.

El principio de proporcionalidad se refiere a la optimización relativa de las posibilidades jurídicas, constituyendo uno de los elementos de los cuales hace uso el Derecho Constitucional para efectivizar la realización y protección de los derechos fundamentales, además de cumplir una función limitadora en el reconocimiento de estos⁴³⁷. En cambio, la ponderación es la declaración de jerarquía de una norma sobre otra, solo aplicable al caso concreto, mediante la cual se declara la jerarquía superior de una de las normas en conflicto sobre la otra⁴³⁸.

La ponderación se basa en tres subprincipios que sirven para analizar la colisión de principios o el encuentro entre un principio y un interés estatal legítimo: ellos son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (o

⁴³⁴ Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional español en numerosas Sentencias en la que ha señalado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza. *Vid.* SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 66/1985, fundamento jurídico, 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 85/1992, fundamento jurídico 5º; 50/1995, fundamento jurídico 7º.

⁴³⁵ Y no solo se encuentra ligado a la justicia el principio de proporcionalidad, sino también al principio del Estado de Derecho, al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o de la dignidad de la persona, por eso se relaciona este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos de los derechos constitucionales de los ciudadanos. *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencia 55/1996, de 28 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996).

⁴³⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...* *cit.*, p. 395.

⁴³⁷ ALEXY, Robert, "La fórmula del peso", en *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel CARBONELL (editor), 1ª edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 15.

⁴³⁸ *Vid.* PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 42- 44 y CLÉRICO, Laura, "Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales", en *Teoría y práctica de la Justicia Constitucional*, Claudia Escobar editora, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, serie Justicia y derechos humanos, tomo 13, Quito, 2010, pp. 281-285.

ponderación)⁴³⁹, los cuales expresan la idea de optimización. Debe tenerse en cuenta al respecto, que los derechos fundamentales son mandatos de optimización y como tales, son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas⁴⁴⁰.

En suma, el principio de proporcionalidad asume como presupuesto base una interpretación amplia de los derechos fundamentales, entendidos estos como mandatos de optimización, lo que demuestra que la relación existente entre los derechos fundamentales y los demás principios constitucionales condicionan la determinación de su contenido normativo.

De allí que pueda afirmarse que la principal relación que existe entre la igualdad y el principio de proporcionalidad es justificar aquellas diferencias que demuestran la actual concepción del principio de igualdad ante la ley en el trato jurídico, es decir, la forma de justificar las desigualdades. Pues, a partir del momento en que se aceptan tratamientos jurídicos diferentes sobre supuestos semejantes de rasgos distintivos relevantes, se impone la necesidad de determinar cuáles son los presupuestos objetivos que debe cumplir un comportamiento diferenciado para que pueda ser justificado y por tanto, veraz⁴⁴¹.

Consecuentemente, a partir de este escenario, se materializa el principio de proporcionalidad, determinando las pautas que comprueben si el trato desigual que se ha realizado es ajustado al fin probado que la diferenciación persigue; o lo que es lo mismo, si la desigualdad es admitida por estar justificada en un fin legítimo, y a su vez es conveniente y proporcional para el logro de ese fin.

En definitiva, la explicación del concepto de proporcionalidad significa que cualquier restricción que se realice a un derecho debe ser razonable y justificarse por medio de criterios objetivos para lograr un fin legítimo y relevante para superar la ponderación de todos los intereses de las personas.

⁴³⁹ ALEXY, Robert, "La fórmula del peso...", *cit.*, p. 15.

⁴⁴⁰ ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 11, México DF., enero-junio 2009, p. 8.

⁴⁴¹ CHANO REGAÑA, Lorena, "Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: Especial referencia a los derechos fundamentales", en *Revista Universitaria Europea* No. 23, Madrid, julio-diciembre 2015, p. 158.

De allí que la relación de la proporcionalidad con la igualdad resulte indudable, especialmente la igualdad en el contenido de la ley, entendida como instrumento para la aplicación de la igualdad en aras de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Se entiende como un método interpretativo de los derechos fundamentales que debe basarse en la nueva concepción de la igualdad. Por tanto, para que se admita cualquier clase de diferencia, tiene que existir una razón suficiente que las justifique, y si no existiera esa razón, deberá prevalecer la igualdad en el tratamiento, si no existe razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual⁴⁴².

Se afirma entonces que la proporcionalidad es el principio por excelencia para la materialización de la igualdad, con la única finalidad de buscar soluciones basadas en la ponderación, y mediante ello, explicar las razones por las que se otorga un trato diferenciado a supuestos que deberían ser tratados iguales, pero que, sin embargo, tienen características relevantes para fundamentar una individualidad ante la ley.

Dentro de este principio, el *test* de proporcionalidad alemán ha sido incorporado por casi todos los ordenamientos jurídicos del Derecho comparado, incluyendo el Derecho europeo, el cual se tomará como referencia a partir de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), a fin de analizar posteriormente la jurisprudencia ecuatoriana sobre el tema.

Para la aplicación del *test* de proporcionalidad se requiere de la aplicación de tres subprincipios⁴⁴³, denominados por la Corte Constitucional de Ecuador como elementos; y la ausencia de uno de ellos sería razón suficiente para considerar

⁴⁴² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... cit.*, p. 395.

⁴⁴³ Varios son los autores que se rigen por este criterio, entre ellos: BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2005, p. 43; SAPAG, Mariano A., "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: Un estudio comparado", en *Dikaion*, Vol. 22, No.17, Universidad de La Sabana Cundinamarca, Colombia, diciembre 2008, p. 171. La Corte Constitucional de Ecuador también se une a este criterio cuando en su Sentencia No. 048-13-SCN-CC, reconoce dentro del principio general de proporcionalidad, los tres subprincipios mencionados: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto". *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso 0179-12-CN y Acumulados, de fecha 4 de septiembre de 2013.

que la medida no supera el *test* de proporcionalidad; entre ellos; la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha⁴⁴⁴:

a) La idoneidad o juicio de adecuación es utilizado cuando se adopta una medida restrictiva de un derecho, para garantizar que sea correcta y con ello se logre la finalidad de la norma aplicada. En este caso, la adecuación o idoneidad, permitirá examinar si la norma o decisión que se somete a control tiene un fin legal y constitucional que justifique la interferencia en el ámbito o esfera del principio o derecho fundamental involucrado, lo cual permite determinar si la decisión adoptada por el juez es desproporcionada e inconstitucional⁴⁴⁵.

Por ende, la idoneidad no da derecho para ejercer un control absoluto de la medida examinada, sino una valoración técnicamente jurídica, basada en la justicia, y tan sólo cuando carezca de utilidad, será relevante para el principio de proporcionalidad, es decir, se considerará injusta por ser arbitraria.

Para concluir con el criterio jurisprudencial, ha dicho la Corte Constitucional ecuatoriana, que el principio de idoneidad excluye la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir⁴⁴⁶.

b) La necesidad o juicio de indispensabilidad es otro de los elementos fundamentales para obtener la proporcionalidad, constituyendo además un valioso *canon* de control en manos de la jurisprudencia. Su objetivo principal es escoger la medida menos perniciosa y, por ende, que menos afectación produzca con respecto al derecho o derechos en cuestión. Contrario *sensu*, si existieran otras medidas menos perjudiciales, la que se implemente será declarada inconstitucional por no resultar la más adecuada para el cumplimiento y alcance del derecho⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 11-18-CN/19, Caso No. 11-18-CN, de fecha 12 de junio de 2019.

⁴⁴⁵ Sobre el tema. *Vid.* RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Christian, "Origen y tratamiento constitucional del principio de proporcionalidad en Colombia", en *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Vol. IX, No. 18, Bogotá, 2017, p. 131.

⁴⁴⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso 0179-12-CN y Acumulados, de fecha 4 de septiembre de 2013, p. 76.

⁴⁴⁷ SAPAG, Mariano A, El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional...", *cit.*, pp. 157-162.

En todo caso, la necesidad se aplica con el fin o propósito de comparar la medida enjuiciada y otros medios alternativos tomando en consideración dos cuestiones: la idoneidad para promover el fin legislativo; y la menor afectación en relación a los derechos fundamentales lesionados. Por ello, el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada y el de necesidad se configura como un examen de eficiencia, es decir, de su capacidad para alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego⁴⁴⁸.

Con este criterio se trata de adoptar decisiones que minimicen la afectación del derecho involucrado. Por tanto, entre las posibles alternativas que existen para regular el derecho intervenido, la decisión será aquella que menos afecte y minimice el contenido del derecho⁴⁴⁹.

En conclusión, el principio de necesidad presupone que previamente se realice una selección de los medios útiles; o la determinación del más moderado, convirtiéndose así en un valioso *canon* de control y revisión en manos de la jurisprudencia.

c) La proporcionalidad en sentido estricto representa la valoración de los intereses en disputa, buscando siempre un equilibrio razonable que suponga la menor restricción, mediante la cual se logre la valoración imparcial, basada en ventajas, con lo cual se logre la ponderación de los perjuicios que se irrogan al ciudadano.

Si conceptuamos el principio de proporcionalidad en sentido estricto, podemos decir que se trata de la regla jurídica mediante la cual, toda ley que favorezca el objetivo que persigue, con una intensidad menor que los sacrificios que origina para el titular del derecho fundamental que restringe, debe ser declarada inconstitucional. En todo caso, con la proporcionalidad se busca acreditar que existe determinado equilibrio entre dos cuestiones, de un lado, los beneficios que

⁴⁴⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia, "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)", en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, No. 67, Medellín, 2005, p. 27.

⁴⁴⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al tribunal constitucional chileno", en CARBONELL, Miguel (coordinador), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2010, p. 410.

se obtienen en cuanto a la limitación en la protección de un bien constitucional o la consecución de un fin legítimo; y de otro, los daños o lesiones que se originan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor.

2.6.1. El test de proporcionalidad, su utilidad de cara a la igualdad

La proporcionalidad como elemento que integra la igualdad, ha sido explicada mediante el *test* de proporcionalidad para saber si la aplicación de una medida que establezca distinciones es considerada discriminatoria o no.

La aplicación del *test* tiene como objetivo que la diferencia persiga un fin que sea admisible desde el plano constitucional, así como la relación que debe existir entre la medida diferenciadora y el fin que la misma persigue. Esta medida debe ser además razonable, lo cual significa que sea proporcionada, es decir, resultado de una ponderación satisfactoria ya sea de los derechos afectados, como de aquellas circunstancias que justifican el trato⁴⁵⁰.

Con el caso del Sindicato Nacional de la Policía Belga contra Bélgica, el 27 de octubre de 1975, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció la relación estrecha que existe entre el principio de igualdad y proporcionalidad al expresar que la desigualdad en el trato no sólo debe perseguir un objeto legítimo, sino también una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁴⁵¹.

En fecha más reciente, la Sentencia No. 22 de 1981 el Tribunal Constitucional español señala, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, pues la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y

⁴⁵⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "Principios Constitucionales de Proporcionalidad y Justicia en Materia Tributaria", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27, No 2, Sección Estudios, Santiago de Chile, 2000, p. 360.

⁴⁵¹ BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz-Sirey, París, 2000, pp. 521-536.

efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁴⁵².

De esta forma, se extendió la noción de proporcionalidad a casi todas las latitudes, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial. Si analizamos el caso específico de Ecuador, podemos decir que el principio de proporcionalidad se encuentra reconocido dentro del artículo tercero de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional referido a los métodos y reglas de interpretación constitucional, específicamente en el numeral segundo que establece: “cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”⁴⁵³.

En estrecha relación con ello, ha dicho la Corte Constitucional de Ecuador que: “(...) la proporcionalidad tiene dos sentidos distintos: constituye a la vez un principio reconocido en diversos artículos de la Constitución de la República; y también se configura como un método de interpretación constitucional constante en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, junto con el método de ponderación⁴⁵⁴.”

Por último, se afirma entonces que el *test* de razonabilidad constituye una guía metodológica compuesta por tres etapas: 1) La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento de trato desigual; 2) La validez de ese

⁴⁵² *Vid.* Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 22 de 1981, de fecha 2 de julio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981).

⁴⁵³ El principio de proporcionalidad, como se ha venido explicando, no es ajeno a nuestro ordenamiento positivo; de hecho, el ya mencionado artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional lo define de la siguiente forma: Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso 0179-12-CN y Acumulados, de fecha 4 de septiembre de 2013, p. 71.

⁴⁵⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso 0179-12-CN y Acumulados, de fecha 4 de septiembre de 2013, p. 66.

objetivo a la luz de la Constitución y, 3) La razonabilidad de trato desigual, lo cual demuestra la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido, es decir, una relación medio-fin⁴⁵⁵.

Puede concluirse entonces que la idea de proporcionalidad significa que toda restricción de un derecho debe obedecer a la razonabilidad de la medida y a la justificación de los criterios. Por tanto, el principio de proporcionalidad será aplicado como un método de interpretación de los derechos fundamentales en correspondencia con una nueva concepción de la igualdad. Finalmente, se entiende como un principio típicamente relacional, de gran eficacia operativa en el ámbito de la igualdad, a través del cual se puede ofrecer una solución basada en la ponderación para explicar la objetividad y razonabilidad del trato diferente a supuestos de hecho que aparentemente deben ser tratados iguales, pero que presentan características relevantes que permiten justificar una individualidad ante la ley.

2.7. La igualdad y la no discriminación en los instrumentos jurídicos internacionales

La igualdad y la no discriminación constituyen principios claves e informadores de diversos ordenamientos jurídicos, recogidos en las constituciones políticas de los Estados. Ello se debe a que ambos principios se encuentran consagrados en los principales instrumentos internacionales que tratan sobre la temática.

La no discriminación es el corolario del principio de igualdad, y tiene como principal objetivo tratar de forma diferente a una persona o grupos de personas por razones como la raza, el sexo, el color, el idioma, las opiniones políticas, la religión, el nivel económico, origen, u otras condiciones como la edad, el estado civil, la discapacidad, la situación de refugiado o inmigrante, entre otros. Se entiende entonces por discriminación cualquier distinción o restricción que tenga como objetivo menoscabar o anular el reconocimiento o goce de cualquier derecho reconocido a un individuo, independientemente de su condición.

⁴⁵⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 019-16-SIN-CC, Caso 0090-15-IN, de fecha 22 de marzo de 2016, p. 16.

La discriminación, como se estudiará más adelante, puede ser directa o indirecta. La primera es aquella diferencia de trato basada directamente en el sexo y en otras características tanto del hombre como de la mujer que no puedan justificarse de forma objetiva. La segunda en cambio tiene lugar cuando la ley por ejemplo, no exhibe una apariencia discriminatoria, empero, en la aplicación de la misma, sí producen discriminación⁴⁵⁶. Nos referiremos entonces en este apartado a los principales instrumentos jurídicos internacionales que proclaman la igualdad y la no discriminación.

En primer lugar, podemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que desde su preámbulo reconoce la dignidad, el valor de la persona humana y la igualdad de derechos de hombres y mujeres como derechos fundamentales. De allí que el artículo 1 reconozca que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, al estar dotados de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁴⁵⁷.

En el artículo 2 de la propia declaración se establece que cualquier persona tiene los derechos y libertades que se proclamen en esta Declaración, sin distinciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona.

Por su parte, el artículo 7 reconoce la igualdad de todos ante la ley sin distinciones y con igual protección de la ley contra toda clase de discriminación. Por su parte, el artículo 16 también establece la paridad entre hombres y mujeres a partir de la edad núbil a casarse y la posibilidad de formar una familia sin restricciones por motivos de raza, nacionalidad o religión.

⁴⁵⁶ Por ejemplo, existe discriminación cuando una mujer se encuentra en un estado desfavorable frente al hombre en cuanto al disfrute de un beneficio u oportunidad a causa de una desigualdad preexistente. Otro ejemplo es en cuanto a la consideración del género, característica que permite situar a la mujer en una situación desventajosa con respecto al disfrute de sus derechos, como por ejemplo actuar y ser reconocida con plena capacidad para participar en el desarrollo económico, político y social en cualquier circunstancia, sin tomar en consideración su condición de mujer.

⁴⁵⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

De igual forma, se reconoce el principio de igualdad para el ejercicio de otros derechos. Por ejemplo, en la posibilidad de acceder en igualdad a las funciones públicas de su país (*Vid.* artículo 21.2), la igualdad para el acceso al trabajo (*Vid.* artículo 23.1); y también el derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por igual trabajo (*Vid.* artículo 23.2). Asimismo, se prevé la igualdad para tener un nivel de vida adecuado que incluya, entre otros, alimentación, vestido, vivienda (*Vid.* artículo 25.1), y la igualdad de los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio para acceder a la protección social (*Vid.* artículo 25.2); así como el acceso igualitario a la educación y, por ende, el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos (*Vid.* artículo 26.1). Por otro lado, el acceso a un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos (*Vid.* artículo 27).

Seguidamente, se firmó el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, otro de los instrumentos internacionales que contiene declaraciones expresas con respecto a la igualdad⁴⁵⁸. Muestra de ello es que en su artículo 2, en el primer apartado, establece: “cada uno de los Estados partes en el presente Pacto, se comprometerán a respetar y a garantizar los derechos reconocidos en él, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Seguidamente, el artículo 3 establece: “Los Estados partes del presente Pacto garantizarán a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

Por último, en el artículo 26 se instituye que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, a cuyos efectos la propia ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole,

⁴⁵⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, Estados Unidos.

origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁵⁹ fue otro de los instrumentos que reconoció, en el artículo 3, la igualdad del hombre y la mujer al goce de todos los derechos que en el Pacto se enuncian⁴⁶⁰. Siguiendo con lo expuesto en este artículo, los Estados partes deben respetar el principio de igualdad en la ley y ante la ley; lo cual se logra mediante el respeto del principio de igualdad en la ley y con la promulgación de normas que velen por una legislación que garantice el disfrute por igual de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto a los hombres como a las mujeres. En cambio, la igualdad ante la ley deberá ser respetada por los órganos administrativos y jurisdiccionales mediante la aplicación de la ley por igual a los hombres y las mujeres.

A partir del estudio de los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede afirmarse que en el mencionado artículo 3 se incluyó, al igual que en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, con el objetivo no solo de prohibir la discriminación, sino también para reconocer explícitamente los derechos tanto a la mujer como al hombre; la igualdad mediante la articulación de las vías necesarias para garantizar que la mujer pueda ejercer libremente sus derechos.

El artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su segundo párrafo, prohíbe entre otros, la no discriminación por motivos de sexo, garantizando el goce de los derechos económicos, sociales y culturales para lograr la igualdad de los individuos.

⁴⁵⁹ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entró en vigor el 3 de enero de 1976 y tuvo como misión principal la protección de los derechos humanos fundamentales en aras de salvaguardar la dignidad de las personas. ONU: Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*, 16 de diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, Vol. 993, p. 3

⁴⁶⁰ La citada norma se basa en el párrafo 3 del artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al igual que al artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se redactó al mismo tiempo.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁴⁶¹ define en su artículo 1 la discriminación racial como aquella distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga como objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer⁴⁶² conceptúa este fenómeno en el artículo 1 como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Posteriormente, la Convención de los derechos del Niño⁴⁶³ en el artículo 2, establece que los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sin distinción de ningún tipo, con independencia de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. El apartado 2 del propio artículo dispone que los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, sus tutores o de sus familiares.

⁴⁶¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, de 21 de diciembre de 1965, Estados Unidos.

⁴⁶² Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.

⁴⁶³ Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Por su parte, la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁴⁶⁴ en el artículo 7, ubicado en la II Parte denominada “Discriminación en el reconocimiento de derechos”, establece que:

los Estados partes asumen también el compromiso, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción, los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

La Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁶⁵ dedica su artículo 5 a la Igualdad y a la no discriminación, estableciendo la obligación de los Estados partes de reconocer que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna; prohibiéndose también toda discriminación por motivos de discapacidad y se garantizándose a todas las personas en esa situación una protección legal, igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. Los Estados partes adoptarán todas las medidas a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación. Por último, no se considerarán discriminatorias en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

El artículo 6 del propio instrumento internacional reconoce que las mujeres y las niñas con discapacidad están sometidas a múltiples formas de discriminación. Por ello, los Estados partes deben adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

⁴⁶⁴ Resolución 45/158, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1990.

⁴⁶⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 13 de diciembre 2006.

Ecuador, en cuanto al reconocimiento de los principales instrumentos jurídicos internacionales, ha tenido un papel protagónico, logrando sintonizar formal, y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales⁴⁶⁶, para garantizar la dignidad del ser humano, de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Lo que le ha permitido cumplir o avanzar en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos que ha ratificado, cuestión que incluye el reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación.

En tal sentido, los tratados internacionales de los cuales Ecuador es parte, podrán ser utilizados para completar la perspectiva del elenco de derechos reconocidos en la Constitución. Con ello se abren las posibilidades para integrar un “bloque de constitucionalidad”⁴⁶⁷, en el que confluyan los derechos consagrados por nuestra Carta Magna y los tratados internacionales que se hayan ratificado, generando una retroalimentación entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

En los últimos años, Ecuador ha ratificado la gran mayoría de tratados internacionales de derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas y del sistema interamericano. Entre ellos, los que guardan más relación con el derecho a la igualdad y la no discriminación son los siguientes: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, y su Protocolo Facultativo; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; la Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de 1990; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia

⁴⁶⁶ *Vid.* artículo 84 de la Constitución de la República de Ecuador de 2008.

⁴⁶⁷ FERRER ORTEGA, Luis Gabriel, *La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, Fascículo 5, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, México, 2015, p. 10.

contra la mujer “Convención de *Belém do Para*” de 1994; y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de 1999.

2.8. El principio de igualdad en la Constitución de Ecuador del 2008

La aprobación en el año 2008 de la Constitución de la República de Ecuador, se convirtió en un nuevo punto de partida para el respeto y protección de los derechos en ella consagrados. Especialmente, la decisión del Estado para construir una sociedad de convivencia pacífica y diversa que busca el buen vivir, el *sumak kawsay*, y, sobre todo, un Estado que cuida y respeta la sociedad desde todas sus extensiones, incluyendo la dignidad de las personas y las colectividades⁴⁶⁸.

De esa forma, desde su Preámbulo, la Constitución se ha inspirado en principios y valores como la libertad, la equidad, la paz, la igualdad, y la dignidad humana, y sobre la base de ellos, se desarrollan todos los preceptos del texto constitucional. Se afirma entonces que uno de los valores principales que protege la Constitución ecuatoriana es la igualdad, que irradia todo el ordenamiento jurídico⁴⁶⁹ y fundamenta la decisión soberana plasmada en la Carta Magna.

Partiendo de lo anterior, la Constitución de 2008 es amplia y reconoce no sólo la igualdad ante la ley, sino que configura el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación⁴⁷⁰. En este sentido, reconoce que el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución se regirá por los principios de igualdad

⁴⁶⁸ CRESPO, Juan Manuel, “Del Sumak Kawsay al Buen vivir”, en AA.VV., *Buen vivir como alternativa al desarrollo: una construcción interdisciplinaria y participativa*, UASB, Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina (CAN), Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017, pp. 12-39.

⁴⁶⁹ Sobre el principio de igualdad, la Constitución de 1998 solo reconocía que los derechos eran garantizados a todos los habitantes del Ecuador sin discriminación. En cambio, la actual Constitución del 2008 enarbola como uno de sus valores principales la igualdad, y a partir de ello, reconoce no solo la igualdad ante la ley, sino que configura el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación

⁴⁷⁰ El artículo 66.4 de la Constitución de Ecuador establece: “Se reconoce y garantizará a las personas el Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

de derechos, deberes y oportunidades⁴⁷¹, prohibiéndose la discriminación por motivo de la etnia, la religión, el sexo, la filiación política, la orientación sexual, la condición socio-económica, entre otros⁴⁷². Todo lo que habrá de hacerse efectivo mediante la adopción de medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

La primera manifestación de este principio es la igualdad de trato o igualdad formal, a través de la cual todos los ciudadanos son iguales ante la ley. Así se ha plasmado en el artículo 11, numeral segundo, primer inciso de la Constitución cuando es definida como un principio de aplicación en los siguientes términos: “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. De acuerdo con este precepto de origen constitucional, la igualdad formal implica un trato idéntico a sujetos individuales o colectivos que se hallan en la misma situación⁴⁷³.

No obstante, esta vez la Ley de Leyes se pronunció por la consagración del principio en un nivel mucho más profundo, al reconocer no sólo la igualdad formal, sino la igualdad real que tiene en cuenta las diferencias. Esta igualdad real, donde la contradicción es motivo de valoración, reconoce y tutela los derechos de aquellos que son diferentes, con la exigencia de ser respetados y tratados en paridad. Consecuentemente, registró la no discriminación y, a partir de ese reconocimiento constitucional, se han incluido los principios y mecanismos necesarios para la realización efectiva de la igualdad.

La igualdad material es un principio que se pone de manifiesto en el punto de llegada, cuando las personas ya han logrado la efectividad de sus derechos. En

⁴⁷¹ El artículo 11 en su primer apartado establece: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”.

⁴⁷² El artículo 11 en su segundo apartado establece: “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”.

⁴⁷³ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP, de 15 de noviembre de 2016.

este caso, no se trata de la igualdad desde el punto de partida formal, sino real, donde el Estado interviene para garantizar el ejercicio de los derechos a quienes se encuentren en una situación de inferioridad, para que puedan efectivizarlos, y, consecuentemente, acceder al objetivo propuesto.

Esta dimensión material es reconocida en el artículo 11, numeral 2, tercer inciso de la Constitución de la República cuando señala:

“El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. Por lo que esta dimensión del derecho supone, *contrario sensu*, que los sujetos se hallen en condiciones diferentes; requiriendo un trato distinto que permita equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos⁴⁷⁴.”

Ahora bien, esa igualdad material reconocida no significa solamente que todas las personas sean tratadas como iguales ante la ley, sino que aquellas personas que se encuentran en una situación diferente sean tratadas en función de esta diferencia, con el objetivo de alcanzar la igualdad material y no incurrir en discriminación. Al respecto, el constituyente ha establecido también, en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República, el reconocimiento y garantía del derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, configurándose así el principio de igualdad en todas sus manifestaciones.

En tal sentido, la igualdad formal guarda estrecha relación con la garantía de identidad de trato a todos los destinatarios de una norma jurídica, evitando la existencia injustificada de privilegios. En tanto, la igualdad material se refiere a la posición real del individuo a quien le será aplicada la ley con el fin principal de evitar las injusticias.

La igualdad formal, como se ha venido apuntando, representa el derecho de todas las personas para que la ley se aplique de igual manera, y no solo ello, sino también que seamos protegidos de igual forma por la ley. Este principio prohíbe todo trato diferenciado que sea arbitrario e injusto, y establece la prohibición de discriminar a las personas, entre otros, por motivos de sexo,

⁴⁷⁴ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP, de 15 de noviembre de 2016.

identidad sexual, definiéndose estos impulsos como “categorías sospechosas” o “factores sospechosos”⁴⁷⁵.

Las categorías sospechosas se fundan en rasgos fijos de las personas, de los cuales estos no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad, y, por ello, las personas han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas. Dichas categorías no constituyen por sí mismas, criterios con base a los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales⁴⁷⁶.

Las categorías establecidas para realizar distinciones en el trato ofrecido a las personas se considerarán sospechosas en la medida en que sean utilizadas, tanto por el Estado como por un particular, para justificar un trato que perjudique a personas o grupos de ellas. Cuando se le asigna a una categoría el *status* de sospechosa, es porque coloca en una situación de desventaja frente otra a la persona que denuncia el trato desigual⁴⁷⁷.

Las categorías sospechosas han sido definidas por la Corte Constitucional del Ecuador como aquellas que, “utilizadas para realizar tratos diferentes respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, y su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ CAJAS CÓRDOVA, Andrea Karolina, “Igualdad de género en la Constitución de 2008”, en *FORO: Revista de Derecho*, No. 16, UASB-Ecuador / CEN, Quito, 2017, p. 144.

⁴⁷⁶ SALGADO, Judith, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en Santiago ANDRADE, Agustín GRIJALVA y Claudia STORINI (editores), *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 137 y 138.

⁴⁷⁷ SABA, Robert, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?” en Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 698 y 699.

⁴⁷⁸ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2016.

Se califican de inconstitucionales⁴⁷⁹, a no ser que se demuestre lo contrario, los tratos diferentes cuando existen categorías sospechosas que coadyuvan a mantener la condición de inferioridad y la exclusión de determinados grupos, dígase: mujeres embarazadas, niños, adolescentes, personas portadoras de alguna enfermedad de transmisión sexual u otra enfermedad catastrófica, entre otras⁴⁸⁰.

Se identifican las categorías sospechosas teniendo en cuenta los siguientes requisitos: a) aparecen incluidos como categorías prohibidas en el texto constitucional (artículo 11 numeral 2 Constitución); b) restringen derechos constitucionales; y, c) generalmente, afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y que requieren especial protección por parte del Estado.

La norma constitucional del Ecuador ha sido taxativa y amplia al referirse a los motivos por los cuales se prohíbe la discriminación, cuando establece en el artículo 11 numeral 2 que:

“Nadie podrá ser discriminado 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 inclusión de estas categorías contenidas en ese artículo es lo que la doctrina ha denominado categorías o criterios sospechosos”⁴⁸¹.

Tal como reconoce nuestra jurisprudencia, lo anterior responde al hecho de que todas las personas tienen la misma categoría normativa, sin distinciones, lo cual puede vulnerarse mediante la aplicación de criterios o categorías sospechosas,

⁴⁷⁹ Para la Corte Constitucional del Ecuador “(...) todas aquellas distinciones que se fundan en los criterios expuestos en la norma constitucional del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, *prima facie* son inconstitucionales a menos que se demuestre lo contrario, dada la carga argumentativa y probatoria que implica justificar para quienes establecen un trato diferente que el mismo es razonable y proporcional; y en segundo lugar, solo una justificación razonable exime a quienes hayan establecido distinciones, de la responsabilidad de que pueda imputárseles un tratamiento discriminatorio.” *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2016.

⁴⁸⁰ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 380-17-SEP-CC, Caso 2334-16-EP, de fecha 22 de septiembre del 2017.

⁴⁸¹ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 292-16-SEP-CC, Caso 0734-13EP, de fecha 7 de septiembre de 2016.

que se constituyen en un trato diferente a personas o grupos determinados, no razonables ni proporcionales, para perpetuar su inferioridad y exclusión⁴⁸².

En virtud de ello, quien argumente una de estas categorías sospechosas para demostrar diferencias en el trato, incurrirá en una conducta arbitraria, lo cual encuentra respaldo constitucional cuando en el artículo 66 numeral 4 se establece el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. Por ello, resulta difícil pensar que cualquier actividad, sea política, laboral académica, o de cualquier otra índole, esté condicionada por el sexo, la edad, la nacionalidad, una enfermedad u otra cualquiera, por las propias consecuencias que eso implica⁴⁸³.

Luego de este análisis puede colegirse que el tratamiento constitucional y de la normativa ordinaria en el Ecuador es amplio y exhaustivo, con un desarrollo que alcanza todas las manifestaciones de la noción objeto de estudio. Destaca la identificación de los llamados términos sospechosos y la proscripción de su empleo en la sociedad e institucionalidad ecuatoriana, pues constituyen una manifestación de discriminación que afecta el igual trato, acceso a los bienes, servicios y políticas que promueve el Estado nacional.

2.9. Los principios de igualdad y no discriminación en los pronunciamientos de la Corte Constitucional ecuatoriana

Para la Corte Constitucional de Ecuador existe una clara distinción entre la denominada igualdad formal y la igualdad material. En términos jurídicos, ambos tipos de igualdad poseen un núcleo común que consiste en la comparabilidad de ciertas características para establecer su aplicación. No obstante, divergen en sus efectos, enfocándose el primer tipo en la restricción de la discriminación; y el segundo en el respeto a la diferencia. Así, la igualdad formal tiene relación con la garantía de identidad de trato a todos los destinatarios de una norma jurídica, evitando la existencia injustificada de privilegios; mientras que la igualdad

⁴⁸² Vid. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 008-17-SCN-CC, Caso 0175-13-CN, de fecha 13 de diciembre del 2017.

⁴⁸³ Vid. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2013.

material asienta sus raíces en la real posición social del individuo a quien va a ser aplicada la ley con el objetivo de evitar injusticias⁴⁸⁴.

Al amparo del amplio reconocimiento que la Constitución de Montecristi, aprobada en 2008, hace de la igualdad, la jurisprudencia constitucional ecuatoriana asume la aplicación de este criterio axiológico y derecho sobre la base de cuatro pilares fundamentales. El primero exige trato idéntico a todos los ciudadanos que se encuentren en la misma situación. El segundo requiere trato diferente a los ciudadanos en aquellas circunstancias en que no exista ningún elemento de similitud. El tercer pilar incluye el trato paritario a ciudadanos en situaciones semejantes o diferentes, siempre y cuando las semejanzas sean más relevantes que las diferencias, lo cual significa que se les otorgue un trato igual a pesar de la diferencia. Por último, esta concepción implica la exigencia de igualdad de trato diferenciado a ciudadanos que se encuentren en posiciones que en parte sean semejantes, y en parte sean diferentes, pero siempre teniendo en cuenta que las diferencias sean más relevantes que las semejanzas, lo cual significa trato diferente a pesar de la semejanza⁴⁸⁵.

El principio de igualdad ante la ley, como principio del Estado constitucional ecuatoriano, se proyecta también en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estableciéndose como requisito su verificación en el momento de aplicación de la ley, igualdad en la ley. Sin embargo, la aplicación de la ley debe dirigirse hacia los ciudadanos que son sus destinatarios y que se encuentran en situación de identidad. En ese sentido, se tomará como principal requisito el hecho de que las personas que consideren vulnerados sus derechos, deben encontrarse en categorías paritarias, es decir, proporcionándoles un trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias semejantes⁴⁸⁶.

La Corte Constitucional de Ecuador ha sido enfática al señalar que el concepto de igualdad no significa trato uniforme, sino más bien un trato igual en

⁴⁸⁴ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP, de fecha 15 de noviembre de 2016.

⁴⁸⁵ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 004-14-SCN-CC, Caso No.0072-14 de fecha 6 de agosto del 2014.

⁴⁸⁶ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso 0179-12-CN y acumulados de fecha 4 de septiembre de 2013.

situaciones idénticas y un trato diferente en situaciones diversas. Ello implica que dentro del propio ordenamiento jurídico, existen causas reconocidas en los diferentes cuerpos legales que se aplicarán a situaciones específicas presentadas en un hecho, y por sujetos determinados; pero que configurarán un trato diferente en dependencia de las circunstancias, hechos y supuestos, existiendo un margen en el orden legislativo que permite realizar esta diferenciación⁴⁸⁷. En este punto, señala que una distinción no justificada razonablemente deviene en discriminación⁴⁸⁸. Al respecto el alto foro ha expresado textualmente en diferentes fallos:

“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 jurídica relevante, deben recibir el mismo tratamiento”⁴⁸⁹.

“El derecho a la igualdad y prohibición de discriminación constituye el pilar sobre el que se asienta la teoría de los derechos constitucionales y es reconocido en la Constitución de la República como un presupuesto para la consecución del Estado constitucional de derechos y justicia. La obligación constitucional de garantizar el goce y ejercicio de los derechos constitucionales no puede verse cumplida sin que se verifique la condición de no excluir a ningún sujeto de tal estatus”⁴⁹⁰.

Así, la igualdad formal tiene relación con la garantía de identidad de trato a todos los destinatarios de una norma jurídica, evitando la existencia injustificada de privilegios. Por su parte, la igualdad material, no tiene que ver con cuestiones formales, sino con la real posición social del individuo a quien va a ser aplicada la ley, con el objetivo de evitar injusticias. Esta clasificación se encuentra contenida en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución que consagra el derecho de las personas: “a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 59.

⁴⁸⁸ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-14-SIN-CC, Caso 0056-12-IN y 0003-12-IA Acumulados, de fecha 14 de agosto de 2014.

⁴⁸⁹ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 010-14-SEP-CC, Caso 1250-11-EP de fecha 15 de enero de 2014.

⁴⁹⁰ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP, de fecha 15 de noviembre de 2016.

⁴⁹¹ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-14-SIN-CC, Caso 0056-12-IN y 0003-12-IA Acumulados, de fecha 14 de agosto de 2014; Sentencia 019-16-SIN-CC, Caso 0090-15-IN, de fecha 22 de marzo de 2016.

Los avances de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano han sido varios para regular, de manera uniforme, el derecho a la igualdad y no discriminación de acuerdo a la normativa legal nacional e internacional vigente sobre la temática. En tal sentido, se analizarán los criterios emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador sobre el principio de igualdad y no discriminación, para después analizar algunos de los casos más interesantes por el objeto y la decisión adoptada.

a) El quebrantamiento de la igualdad ante un supuesto de discriminación por VIH

El caso fue presentado por la Defensoría del Pueblo (DPE), en 2016, mediante una acción de protección contra la Empresa ATTENZA DUTY FREE Quito Ecuador por vulnerar los derechos constitucionales de una persona con VIH que participó en un proceso de selección para el cargo de cajero. El peticionario resultó favorecido en el proceso y, para continuar con los trámites de vinculación, le solicitaron la realización de exámenes médicos, además de acudir a una entrevista con el profesional de la salud, quien luego de los exámenes, le consultó si tenía VIH, a lo cual el peticionario respondió que sí.

El encargado del proceso, luego de conocer este particular de la salud del peticionario, le comunicó que lo llamaría para ver si ingresaba o no al puesto para el cual se había postulado, pese a que previamente le habían notificado que ingresaría a trabajar el 11 de marzo. Finalmente, la Empresa contrató a otra persona para el puesto.

En primera instancia la acción de protección fue rechazada, razón por la cual la DPE apeló ante la Corte Provincial de Pichincha, la que reconoció la vulneración del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, en razón de que la persona vivía con VIH, bajo los siguientes argumentos:

Se vulneraron entre otros, el derecho a la igualdad y no discriminación en el contexto laboral, consagrado en los artículos 66 numeral 4 y 82 de la Constitución de la República, desde el momento en que se sometió al señor N. N. a la realización de exámenes de sangre en el proceso de contratación, sin sustento de requisitos técnicos de seguridad y salud en el trabajo; esto conlleva a presumir que tales exámenes se realizaron con fines discriminatorios para excluir de los procesos de contratación a las personas que tengan enfermedades de transmisión

sexual, sin justificación por parte de los representantes de ATENZA de la necesidad y objetivo de los mismos para el ejercicio de la profesión de cajero.

Adicionalmente, cuando el médico realizó la pregunta relativa a si el peticionario tenía un enfermedad de transmisión sexual, se puede interpretar y concluir que la interrogante tenía como fin diferenciar o separar a los candidatos que tengan estas enfermedades del proceso de contratación del personal, a pesar de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano prohíbe expresamente los tratos diferenciados que tengan por objeto o resultado limitar o anular el reconocimiento y goce de los derechos humanos. Por último, una vez que los directivos de la compañía conocieron el estado de VIH positivo del peticionario, procedieron a discriminarlo, en base a prejuicios o estereotipos; lo cual comprueba que existe una situación de discriminación y exclusión de la persona por pertenecer a una categoría sospechosa.

También se vulneró el derecho al trabajo, teniendo como base que la obligación genérica del Estado sobre el derecho al trabajo incluye la obligación de respetar, proteger y satisfacer el derecho de cada persona para acceder al trabajo y ganarse la vida; especialmente la vulneración del derecho al trabajo de una persona portadora del VIH como parte de aquellas personas que forman parte de un grupo de atención prioritaria, previsto en los artículos 33 y 35 de la Constitución de la República.

Como medidas de reparación integral, la Corte ordenó lo siguiente:

1) La medida de satisfacción peticionada por el legitimado activo, lo que significa que la empresa ATENZA DF ECUADOR S.A., por intermedio de su representante legal, ofrezca disculpas públicas a la víctima, en un diario de circulación nacional, por una sola ocasión, guardando siempre la debida confidencialidad y privacidad de los datos personales de la víctima, que en lo principal debe contener: “La empresa ATENZA DF ECUADOR S.A., por intermedio de su representante legal, en cumplimiento de lo dispuesto por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de protección No. 17240-201900010, reconoce la vulneración de los derechos constitucionales de un ciudadano que se postuló para una plaza de trabajo en la Empresa, en especial, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en razón de su condición de portador de VIH. Por lo tanto, al tiempo de pedirle disculpas por el daño causado, la institución reconoce su deber de respetar y proteger los derechos constitucionales de las personas pertenecientes a grupos vulnerables en los procesos de selección de personal y actividades que se desarrollan en cumplimiento de la relación laboral;

2) Que se realice un taller de capacitación al personal directivo, en especial a los servidores encargados de la contratación de personal de la empresa ATENZA DF ECUADOR S. A., así como a su personal de trabajadores en materia de derechos humanos, específicamente en temas relacionados con la igualdad y no discriminación de las personas pertenecientes a grupos vulnerables, el cual se realizará sin perjuicio de los que ya se hubiesen dictado como consecuencia de resoluciones de otros organismos. El evento deberá realizarse en un plazo no mayor a sesenta días, de lo cual se emitirá el respectivo informe; y,

3) Que se elaboren protocolos tendentes a la obligatoriedad de remitir a Recursos Humanos de la Empresa el certificado de Aptitud Médica, ya que de lo que obra del expediente, se conoce que se realiza de manera informal, vía telefónica. En todo caso, se deberá omitir temas de salud como diagnósticos o condiciones

médicas de los postulantes o trabajadores por respeto de su derecho a la confidencialidad. El plazo para realizarlo será de sesenta días, más, si en virtud de la intervención anterior del Ministerio del Trabajo ya se ha corregido esta temática, se informará del particular.

En virtud del análisis del caso, puede afirmarse que la discriminación de las personas que padecen enfermedades de cualquier índole y que, por tanto, son consideradas como parte del grupo de personas de atención prioritaria, constituye una de las discriminaciones más frecuentes; manifestándose estas conductas vejatorias de la dignidad humana no sólo para el acceso a los puestos de trabajo, sino también en el acoso de aquellos que ya gozan del empleo, con la única finalidad de lograr la renuncia de los mismos, y la consecuente separación del puesto laboral. Por ello, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido el principio de estabilidad laboral reforzada, cuyo objetivo es asegurar que las personas que presentan una condición de debilidad manifiesta, como es portar VIH o encontrarse enfermo con SIDA, gocen del derecho constitucional a la igualdad real y efectiva⁴⁹².

Apreciable resulta, el modo en que la Corte valora los aspectos particulares del caso, donde hay una situación de vulnerabilidad que afecta, sin criterio razonable alguno, la aceptación del sujeto para el empleo vacante o en convocatoria por parte de la Empresa. El quebrantamiento de la igualdad, como criterio fundante del ordenamiento jurídico y como derecho del afectado, se produce por la violación del patrón general creado por el principio, mediante el cual los sujetos deben ser tratados en igualdad, excluyendo las circunstancias en las que la ley no repara por carecer de un fundamento amparado en el interés general, o en requisitos científicos y técnicos extraordinarios para el desempeño de un determinado puesto.

⁴⁹² La Corte Constitucional del Ecuador, basándose en el criterio emitido por la Corte Constitucional colombiana, incorpora la definición de la categoría estabilidad laboral reforzada con el objetivo de asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva, que en materia laboral significa garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación cuando ello sea del caso, y conforme con la capacidad laboral del trabajador. *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 375-17-SEP-CC, Caso No. 0526-13-EP, de fecha 22 de noviembre de 2017.

b) La igualdad ante el reconocimiento de filiación de padres del mismo sexo

El caso consiste en la presentación de una acción de protección a favor de una niña Satya Bicknell-Rothon nacida el 8 de diciembre de 2011 dentro de la unión de hecho de una pareja del mismo sexo entre Nicola Susan Rothon y Helen Louis Bicknell, quienes mantuvieron una relación durante algunos años. Por cuyo motivo decidieron legalizar la unión en Inglaterra, país que permite la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Después de haber conformado un hogar, las dos mujeres quisieron tener hijos, sin embargo, ante el impedimento de procrear entre ellas, acudieron a las técnicas de reproducción asistida, específicamente a la inseminación artificial entre el óvulo de Nicola Susan Rothon con un espermatozoide de un donador anónimo, práctica permitida en Inglaterra. Fue así que, por este medio artificial, nació la mencionada niña, en un hogar conformado solo por dos mujeres, originándose una familia homoparental.

Nicola Susan Rothon, Helen Louis Bicknell y su hija Satya Amani, decidieron vivir en el Ecuador y, una vez transcurrido un tiempo residiendo en el país, las madres acudieron al Registro Civil del país citado con el objeto de inscribir a la niña. Al momento de inscribirla, el Estado sólo reconocía la maternidad de Nicola, por ende, el Registro Civil emitió una resolución administrativa negando la inscripción de la menor Satya Amani, aduciendo que ni la Ley Orgánica de Gestión y Datos Civiles, ni el Código Civil del Ecuador permiten la inscripción de un menor con el apellido de sus dos madres, sino únicamente entre un padre y una madre, sin que hubiese mérito jurídico para admitir la doble maternidad. Por tales motivos, resultaba improcedente atender el pedido de inscripción realizado por Nicola Susan Rothon y Helen Louis Bicknell.

Posteriormente, las señoras Nicola y Helen con el patrocinio de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, interpusieron acción ordinaria de protección en contra de la resolución emitida por el Registro Civil del Ecuador, siendo el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha el órgano jurisdiccional que conoció y resolvió la causa. Dicho tribunal, el 4 de mayo de 2012, negó la acción de protección presentada bajo el argumento de que debían acudir a la vía contenciosa administrativa. Ante la situación, las peticionarias presentaron recurso de

apelación en la Corte Provincial de Justicia de Pichincha quienes señalaron lo siguiente:

Por lo tanto, la Constitución acepta que existen varios tipos de familia (aunque no indica cuáles) estas familias pueden tener vínculos jurídicos o de hecho y respecto al grado de protección que concede, se remite a la ley, que para el caso sería el Código Civil. Así la protección constitucional de la familia no es absoluta, sino sujeta a la ley en caso de unión de hecho y limitada a parejas heterosexuales cuando se trate de matrimonio y adopción⁴⁹³.

La Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha señaló:

En la posición de inscribir al hijo con el sólo apellido de la madre, se encuentran todas las mujeres solteras. Por otra parte, cabe indicar que indistintamente del sexo, sólo el progenitor biológico del sexo opuesto al progenitor que consta como tal en el acta de inscripción es quién puede reconocer al menor. Por tanto, la limitación de la institución del reconocimiento a ser realizada sólo por los padres o madres biológicos, es legítima, por las consideraciones antes transcritas⁴⁹⁴.

Aun insatisfechas, Nicola y Helen, con el patrocinio de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, interpusieron acción extraordinaria de protección contra la sentencia dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, alegando la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, la igualdad y la prohibición de discriminación, el debido proceso en la garantía de motivación, la identidad personal en relación a la obtención de la nacionalidad, la familia en sus diversos tipos, así como el principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

La Corte Constitucional del Ecuador aceptó la acción extraordinaria de protección presentada, y en la trascendental Sentencia No. 184-18-SEP-CC⁴⁹⁵ emitió las siguientes consideraciones:

En el caso específico, la decisión de la Dirección General del Registro Civil de negar la inscripción de la niña Satya Amani con los apellidos de sus dos madres,

⁴⁹³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Caso 1692-12-EP denominado "Caso Satya", de fecha 29 de mayo de 2018. Sobre la protección constitucional de la familia, *Vid.* LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, "La protección constitucional de la familia", en *Lex Social: Revista de los derechos sociales*, Vol. 2, No. 1, 2012, pp. 124-131.

⁴⁹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Caso 1692-12-EP denominado "Caso Satya", de fecha 29 de mayo de 2018.

⁴⁹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Caso 1692-12-EP denominado "Caso Satya", de fecha 29 de mayo de 2018.

implicó negar su derecho a la identidad en cuanto a gozar de la nacionalidad ecuatoriana.

... en el acto administrativo se evidencia una diferenciación de trato hacia una familia por su especial constitución homoparental, que a su vez se basa en la orientación sexual de quienes la constituyen. Por tal razón, se concluye que la medida efectivamente consagra una diferencia de trato en base a una categoría sospechosa de discriminación.

... por estas razones, las uniones familiares formadas por parejas del mismo sexo reciben reconocimiento constitucional a la luz de los derechos de igualdad, no discriminación y dignidad humana. Consecuentemente, todo vínculo familiar se construye en base a una protección integral de su núcleo sin mediar distinciones que pudieren llegar a ser abusivas o arbitrarias.

Tales pronunciamientos develan que existió ciertamente un tratamiento diferenciado por parte de las autoridades administrativas del Registro Civil del Ecuador en contra de las dos madres que trataron de inscribir a su hija con sus dos apellidos. Además, en virtud de lo expuesto, se puede decir que la unión de hecho de las señoras Nicola y Helen adquirió los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio. Consecuentemente, los hijos nacidos dentro del matrimonio tienen como padres a su madre y al marido, lo mismo ocurre con las uniones de hecho de dos personas del mismo sexo, en la cual, si nace un hijo dentro de esta unión de hecho, tendrá por sus dos madres o dos padres a quienes conforman dicha unión de hecho.

La negación del Registro Civil para inscribir a Satya, representó un atentado contra los derechos de igualdad formal, igualdad material y no discriminación, así como al derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, la vida y la orientación sexual, el derecho a la identidad personal que incluye tener nombre y apellido y familia, el derecho a la protección que el Estado debe a la familia en sus diversos tipos y la vulneración del interés superior de la niña.

c) Reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador, una mirada jurisprudencial

Hace 2 años, el 13 de abril de 2018, Efraín Enrique Soria Alba y Ricardo Javier Benalcázar Tello, los accionantes, solicitaron la celebración y la inscripción de su matrimonio al Registro Civil del Ecuador. El 7 de mayo de 2018, el registro le

negó la petición de contraer matrimonio a los accionantes alegando que, en Ecuador, en el ordenamiento jurídico interno solo existe el matrimonio entre un hombre y una mujer. Hecho que motivó a los accionantes, el 9 de julio del propio año, a presentar acción de protección exigiendo la aplicación de la Opinión Consultiva OC-24/17, solicitando además reparación integral por la vulneración de sus derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la protección de la familia y el derecho a la seguridad jurídica⁴⁹⁶.

El Juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Pichincha, el 14 de agosto de 2018, concluyó que "no existió vulneración de derecho constitucional alguno", declarando improcedente la acción de protección propuesta por los accionantes, momento en el cual los accionantes interpusieron el recurso de apelación.

El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, el 18 de octubre de 2018, mediante oficio No. 5086-SUPC-OS, suspendió el procedimiento de acción de protección y remitió a la Corte Constitucional la consulta. La causa fue sorteada el 20 de febrero de 2019, correspondiéndole al juez Ramiro Ávila Santamaría sustanciar el proceso y posteriormente el 6 de marzo de 2019 se admitió a trámite, y el 21 de marzo avocó conocimiento de la causa y se inició la sustanciación de la misma.

Entre los varios fundamentos de la Sentencia No. 11-18-CN/19, Caso No. 11-18-CN, de fecha 12 de junio de 2019⁴⁹⁷, se consideran los más significativos para el análisis del tema que se aborda, aquellos relacionados con la igualdad, la prohibición de discriminación y la razonabilidad de la diferencia entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo. En tal sentido, la Corte Constitucional entre sus principales argumentos empleó los siguientes:

⁴⁹⁶ Opinión Consultiva OC-24/17 sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Aprobado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 noviembre 2017, Costa Rica.

⁴⁹⁷ Ecuador se convirtió en el país número 29 a nivel mundial en aprobar el matrimonio igualitario. La tarde del miércoles 12 de junio de 2019, la Corte Constitucional anunció que el fallo tenía cinco votos a favor y cuatro en contra.

Si todas las personas tienen derecho a la familia, la cuestión es determinar si el matrimonio como uno de sus medios puede ser restringido solo a un grupo de personas que se distinguen por su identidad sexo-genérica. Por ello la Corte plantea la necesidad imperiosa de analizar el texto a la luz del derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación.

Si se analiza el artículo 67 de la Constitución de forma restrictiva, se puede concluir que existe una clara distinción de los sujetos del derecho al matrimonio, empero, lo correcto sería dilucidar si ese análisis establece una diferencia razonable o es una diferencia discriminadora.

Sin embargo, la Constitución ecuatoriana establece que el derecho a la igualdad y la no discriminación constituyen deber primordial del Estado reconociendo en el artículo 3, apartado primero que se garantizará sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Por último, en cuanto a los fundamentos legales, el artículo 11, numeral segundo, establece los supuestos de prohibición de discriminación, entre ellos, la orientación sexual.

Por todo lo anterior, la Corte estimó que la igualdad y la no discriminación constituyen un principio fundamental del Derecho, que se relaciona y extiende a todas las disposiciones constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es un principio y un derecho tan importante que la Corte Internacional de Derechos Humanos, en lo adelante (IDH) ha determinado que “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”⁴⁹⁸. Por este principio, el Estado, y todos sus órganos, tiene el deber especial de erradicar, de *iure* o de *facto*, toda norma, actuación o práctica que genere, mantenga, favorezca o perpetúe desigualdad y discriminación⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 21 de noviembre de 2016, párrafo 91.

⁴⁹⁹ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 11-18-CN/19, Caso No. 11-18-CN, de fecha 12 de junio de 2019.

En este caso, de conformidad con lo expuesto y regulado en el artículo 428 de la Constitución y el 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional resolvió disponer que el Tribunal consultante interpretase el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordenase que el Registro Civil registrase el matrimonio de los accionantes, toda vez que no era necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador. Tampoco eran necesarias reformas previas, para el caso concreto, a los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y 81 del Código Civil.

La histórica sentencia de la Corte Constitucional, al declarar complementario el artículo 61 de la Constitución, que reconoce al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, con la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dio un importante paso en el reconocimiento de la igualdad y en contra de la discriminación por razones de sexo y género. El trascendental avance se produce al amparo de la cláusula de progresividad de los derechos y no regresividad del artículo 11 (8) de la Constitución de 2018, conjugado con las apreciaciones más significativas de la ciencia en materia de igualdad y no discriminación.

Es destacable el acierto con el que la resolución maneja la aplicación del principio de igualdad en sus distintas dimensiones, para favorecer una interpretación evolutiva que sirva de sostén para la tuición del matrimonio igualitario y la exclusión de criterios retrógrados por discriminatorios. Por lo que desestima y deja sin efectos las acciones del Registro y la sentencia del Tribunal de instancia, con el argumento sustancial de la ausencia de razones que justifiquen la exclusión o tratamiento diferente entre parejas heterosexuales y homosexuales.

d) El embarazo como causa de discriminación, particularidades de un caso en el ámbito militar

Se trata de un hecho en el cual la Corte Constitucional del Ecuador, a través de la Sentencia No. 1894-10-JP/20⁵⁰⁰, revisó la acción de protección presentada por Jessica Tatiana Coronel Silva, en contra de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro” y su Tribunal de Honor, por haberla separado de la formación militar a causa de su estado de embarazo. La misma que fue aceptada y confirmada por el tribunal de primera y segunda instancia, con la orden de reincorporar inmediatamente a la accionante.

La Corte, al realizar el análisis constitucional del caso, estableció que la disposición contenida en el Reglamento de la Disciplina Militar para Cadetes, vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación, e incluso, contradecía preceptos constitucionales destinados a la protección de las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritaria, tanto en el ámbito público como privado.

Partiendo de los hechos del caso, la Corte declaró vulnerados, además de las disposiciones que se encuentran en los instrumentos internacionales, los derechos a la educación, a la igualdad, discriminación por embarazo y lactancia. El Alto Foro constitucional indicó que la institución no precauteló adecuar el proceso de formación a la condición en que se encontraba la cadete, sino que fue expulsada vulnerando opciones para que pudiese continuar con su proceso educativo, desestimando la posibilidad de que causara afectaciones a su proyecto de vida.

Se ratificó que el reglamento de disciplina de la escuela contradecía los preceptos constitucionales, de tal manera que en vez de brindar protección como se establece, era más bien motivo de sanción, desestimando el hecho de que estaban frente a una persona perteneciente a un grupo de protección prioritaria. También la Corte determinó que dicha norma es un claro ejemplo de

⁵⁰⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1894-10-JP/20, Caso No. 1894-10-JP, de fecha 4 de marzo de 2020.

discriminación sólo sancionando a un grupo, de tal manera que no prevalece la igualdad en el ámbito educativo, puesto que sólo se refería a un determinado sexo, que en este caso es a las cadetes mujeres.

En los fundamentos se dispuso que utilizar razones como el estado de embarazo, la maternidad o estado civil para separar a una mujer de una institución educativa constituye una forma de discriminación en varias dimensiones; así como una afectación al derecho a la educación en las obligaciones de asegurar la accesibilidad y adaptabilidad en el ámbito educativo. Lo que, en suma, vulneraba sus derechos de libertad y la realización de su proyecto de vida. Como resultado de dicho análisis, la Corte confirmó las medidas tendientes a reparar los derechos de la accionante y estableció otras orientadas a erradicar normas o prácticas institucionalizadas que han tenido por objeto o resultado la discriminación de mujeres embarazadas en el contexto educativo, incluyendo la formación militar y/o carrera militar.

En el pronunciamiento se declararon como derechos transgredidos la igualdad ante la ley; el deber de las autoridades militares de acatar los instrumentos internacionales; el derecho de toda mujer a la igualdad de acceso a las funciones públicas en su país; la igualdad de derechos de mujeres y hombres; el deber de adoptar medidas legislativas para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la violencia contra la mujer. Finalmente concluyó que no cabe la baja definitiva de la Escuela Superior Militar de una cadete ni tampoco debe limitarse su reingreso por hechos o disposiciones que vulneren las garantías consagradas en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Por todo lo expuesto, la Corte concluyó que se había afectado el derecho a la igualdad y no discriminación con la baja de una cadete de la formación militar por su condición de embarazo, así como a la protección constitucional que se prevé para las mujeres embarazadas en las normas invocadas y otros derechos de libertad, como ha sido expuesto en párrafos precedentes. La Corte Constitucional tomó nota de la existencia de prácticas discriminatorias en el seno de las Fuerzas Armadas, por este y otros casos que han trascendido jurisdiccionalmente.

Se trata de una resolución ajustada a los parámetros de la igualdad formal y material, que impide la consolidación de una injusticia por la aplicación de un parámetro excluyente y vejatorio asociado al sexo y a la condición de embarazo que solo puede atribuirse a la mujer. Lo cual convierte en un obstáculo para el libre desarrollo de la persona y de su proyecto de vida al amparo de posturas poco valiosas para la promoción de los derechos humanos. Es notable el tino de la Corte, que merece todos los elogios en su empresa de salvaguardar el principio de la igualdad e impedir a toda costa la mella de la dignidad humana.

Consideraciones intermedias

La igualdad es un principio constitucional de alcance general que se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad de las personas, lo que significa que el Estado deberá garantizar su ejercicio como garantía general de trato igual y no discriminatorio. De allí que pueda afirmarse que tiene tres dimensiones: la primera como valor, en cuanto meta del Estado y del ordenamiento jurídico que le dota de contenido y le proporciona sentido en el proceso de creación, interpretación y aplicación del Derecho; la segunda como principio que ordena, en cuanto mandato de optimización regido por la proporcionalidad, realizar algo en la mayor medida posible, ajustada a las circunstancias del caso y; la tercera, como derecho atribuible a los ciudadanos y exigible al ente político público y la sociedad en general.

Se identifica de esta forma la igualdad en sus dos vertientes: la igualdad formal o jurídica, como garantía de igualdad de trato para todos los ciudadanos ante la ley y en la aplicación del Derecho; y la igualdad material o real, cuyo objetivo es garantizar la igualdad efectiva en la vida social a través de la mejora de las condiciones económicas y sociales que configuran situaciones de desigualdad frente al disfrute pleno de los derechos. Sobre la igualdad formal y la igualdad material descansa toda la estructura del orden jurídico nacional e internacional.

La Constitución de 2008 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana dan cuenta de la acogida de los principales criterios en materia de igualdad formal y material estudiados en esta tesis. La Corte ha sido un agente

promotor de la salvaguarda de la igualdad y la no discriminación con la emisión de memorables fallos que desarrollan instituciones como el matrimonio, y algunos derechos en el ámbito laboral, educacional, la identidad personal y la maternidad, que toman como referente las diferentes dimensiones y aristas de la igualdad, lo cual evidencia, además, que la noción se erige en garantía general de trato paritario y no discriminatorio a las personas por los poderes públicos.

CAPÍTULO III: PRESUPUESTOS TEÓRICOS DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO Y EL ESPAÑOL

Después del análisis acerca de la igualdad, corresponde adentrarnos en la no discriminación como principio derivado instrumental. En correspondencia con ello, en este capítulo se abordan cuestiones teóricas medulares en torno a la definición y caracterización del principio de no discriminación, así como sus principales manifestaciones normativas.

Con tal propósito, sentadas las pautas doctrinales esenciales, nos adentramos en el abordaje de la no discriminación desde la perspectiva jurídico-normativa en el Derecho Internacional de los derechos humanos. A continuación, en un ejercicio de análisis que transcurre de lo general a lo particular, siguiendo la línea de su concreción, se valora, a partir de una visión comparada, el enfoque con el que se consagra la no discriminación en el ordenamiento comunitario europeo y el español.

Teniendo en cuenta la importancia que se le atribuye a la jurisprudencia, sobre todo de los tribunales constitucionales, en la dinamización y adaptación del derecho antidiscriminatorio a los retos permanentes de la igualdad, tales enfoques serán igualmente abordados en el presente capítulo. En este proceso teórico práctico, se evalúan tanto las normas sustantivas, como las repercusiones procesales que supone la adecuada protección de las personas vulneradas o en desventaja, con especial referencia al criterio de inversión de la carga de prueba. Acciones todas que permitirán una aproximación más acabada a las problemáticas jurídicas que genera la discriminación en sus diversas manifestaciones.

3.1. La discriminación y el principio no discriminatorio: Aspectos conceptuales

El vocablo discriminación⁵⁰¹ tiene dos acepciones, una llana o general que lo remite a los usos cotidianos del lenguaje y conforme a la cual, discriminar significa “distinguir o separar”⁵⁰², y una variante menos imprecisa, en la que se entiende como la forma negativa de tratar a una persona o grupo, debido a factores como la raza, el sexo, creencias religiosas, orientación sexual⁵⁰³, entre otros.

En el primero de los significados, el término no posee un sentido necesariamente negativo o desventajoso, toda vez que no postula la discriminación como una acción invariablemente guiada por criterios axiológicos o de intencionalidad política. Sin embargo, en el segundo, existe siempre un componente de vulneración que implica un trato de inferioridad, y una diferenciación por motivos como la raza o la religión, por ejemplo.

Estos dos sentidos reflejan la evolución histórica que ha tenido la forma de entender la discriminación, transitando desde el origen del término discriminar, al alcance jurídico que se le reconoce⁵⁰⁴; introducido en la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, mediante la cláusula de igual protección establecida en la decimocuarta enmienda a la Constitución de Norteamérica⁵⁰⁵. Aunque, como se ha explicado, el verbo que

⁵⁰¹ Se ofrecen dos definiciones del verbo discriminar: la primera se dirige a separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra y, la segunda hacia un trato de inferioridad, diferenciar a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, entre otros. Diccionario de la Lengua Española, editorial Everest, Madrid, 2005, p. 45.

⁵⁰² COROMINAS, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3ra edición, 10^{ma} reimpresión, editorial Gredos, Madrid, 1973, pp. 146 y 147.

⁵⁰³ MUÑOZ LEÓN, Fernando, “No a “separados pero iguales” en Chile: Un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia”, en *Estudios constitucionales*, Vol. 11, No. 2, Santiago de Chile, 2013, p. 46.

⁵⁰⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 84 y 85.

⁵⁰⁵ El llamado Derecho antidiscriminatorio tiene sus orígenes en el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, el propio término es una referencia de la expresión “*Anti Discrimination Law*”, remontándose su expansión al sector jurídico a los años siguientes de la segunda guerra mundial, conectado con los problemas de discriminación racial que se suscitaban en los Estados Unidos, fundamentalmente en la región del Sur. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, editorial Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 21 y 22.

da origen lingüístico al sustantivo contemporáneo discriminación tiene dos significados distintos. Sin embargo, estos se entrelazan porque representan la capacidad de diferenciar y excluir lo diferente⁵⁰⁶.

Discriminar, supone adoptar una actitud o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial, injusta, o formular una distinción que, en definitiva, es contraria a algo o a alguien. Como ya se ha dicho antes, discriminar es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible⁵⁰⁷.

En principio, existe discriminación allí donde se evidencia un trato desigual a personas en una situación igual o comparable, sin razones objetivas y sin justificación razonable, generando con ello una desventaja o restringiendo un derecho a quien lo recibe. Bajo esta fundamentación de igualdad formal e igualdad de trato, surge la prohibición de discriminación como oposición de trato diferenciado. Por tanto, el concepto de discriminación que utiliza la cultura jurídica moderna, se refiere a la diferencia de trato individual (a una violación de la igualdad formal)⁵⁰⁸.

En este sentido, la Corte Constitucional de Ecuador, arrojando luces sobre la complejidad del concepto, aplicado a la diversidad de situaciones que pueden sobrevenir, ha manifestado que no todo trato idéntico es siempre equitativo, al igual que no toda diferenciación conduce a la discriminación⁵⁰⁹. Por tanto, un

⁵⁰⁶ PALOMAR VERA, Cristina, "Discriminación, diferencia e identidades. El género una razón antidiscriminatoria", AA.VV., Teresa GONZÁLEZ LUNA CORVERA y Jesús, RODRÍGUEZ ZEPEDA, (coord.), *Hacia una razón antidiscriminatoria. Estudios analíticos y normativos de la igualdad de trato*, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, RINDIS, México, 2014. p. 137.

⁵⁰⁷ RABOSI, Eduardo, "Derechos Humanos: el principio de la igualdad y la no discriminación" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 7, Madrid, septiembre-diciembre 1990, p. 179.

⁵⁰⁸ MESTRE MESTRE, Ruth, "La ciudadanía de las mujeres: El espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política", en *Anales de la Cátedra Juan Francisco Suárez*, 45, Madrid, 2011, pp. 154-156.

⁵⁰⁹ Sobre ello ha expuesto la Corte Constitucional lo siguiente: La Corte refiere que el tratamiento diferenciador atacado se fundamenta en el hecho *sui generis* de que la Empresa ECAPAG presenta una deuda interna y externa que pone en riesgo el servicio de agua y alcantarillado de la población, razón por la cual se justifica la asunción de la deuda de la Empresa por parte del Estado ecuatoriano. Según la Corte, "los criterios jurídicos antes desarrollados, no vulneran el principio y derecho a la igualdad; en tanto, no se evidencia que los trabajadores de la referida empresa reciban un trato diferente o discriminatorio respecto a otros trabajadores que se encuentren en una situación idéntica o que pese a estar en situaciones disímiles, mantengan mayores similitudes que diferencias". Como resolución final se establece la negativa de inconstitucionalidad y se declara sin lugar la pretensión de la accionante. Mediante esta sentencia se infiere que no todo trato diferenciador es discriminatorio, debido a que existen supuestos en

trato diferenciado solo se justifica cuando su finalidad sea potenciar o mejorar la igualdad real de las personas; y solo si el trato diferente constituye una desventaja, nos encontramos ante un supuesto de discriminación⁵¹⁰.

De igual forma, aduce la Corte que se podrá determinar la presencia de un trato discriminatorio si se evidencia que los individuos, sobre quienes recae la conducta que se reputa discriminatoria, están en semejantes o idénticas condiciones. Al no existir el elemento de comparabilidad, no se podría considerar a un trato diferenciado como discriminatorio, puesto que existirían diferencias que lo justifican y que no permiten brindar un tratamiento idéntico o equiparable⁵¹¹.

Para entender el concepto de discriminación, la primera diferenciación que debemos hacer es entre la discriminación genérica, y la discriminación legalmente tipificada, también denominada discriminación propia. Conforme refiere KAUFMAN⁵¹², la discriminación genérica estaría dirigida a personas que no pertenecen a un grupo específicamente protegido por la legislación antidiscriminatoria; sin embargo, en la discriminación propia existe una regulación jurídica o jurisprudencial.

Del análisis de estos conceptos se establece que, si bien la discriminación genérica no se encuentra reconocida expresamente en la protección legal antidiscriminatoria, esta constituye una opción que puede fijar nuevos supuestos discriminatorios no previstos en ley. Reconocerla, implica una comprensión de la complejidad de las dinámicas sociales, que constituyen una fuente permanente de situaciones donde pueden generarse nuevos supuestos discriminatorios. Recuérdese además que al ser la igualdad también un valor, se convierte en fin

los que se justifica razonable y objetivamente la existencia de una diferenciación. *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 049-16-SIN-CC, Caso No. 0039-15-IN, de fecha 21 de septiembre de 2016, pp. 24 y 25.

⁵¹⁰ En ocasiones, el trato diferenciador puede ser conveniente si se tiene en cuenta que su fin es igualar oportunidades, por ejemplo, en tal caso, aunque se discrimine según el sentido más general del término, esta no sería la discriminación repudiada por la justicia. *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2016, p. 21.

⁵¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 14-18-CN/20 de 15 de enero de 2020, párrs. 20 y 21 y sentencia No. 23-17-IN/20 de 14 de octubre de 2020, párrs. 24 y 25.

⁵¹² KAUFMAN, Gustavo Karel, *Dignos inter pares. Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio*, Madrid, 2010, p. 31.

a alcanzar, por lo que toda acción o circunstancia que atente contra ella, debe ser corregida.

La discriminación es una conducta, culturalmente fundada y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas,⁵¹³ cuyos perjuicios están relacionados con una desventaja inmerecida que les impide el acceso a oportunidades socialmente relevantes⁵¹⁴. En sentido técnico, discriminar significa tratar de manera desigual a personas o grupos sobre la base de prejuicios sociales, con la consecuencia de limitar o negar los derechos fundamentales y las oportunidades relevantes de las personas que los integran.

Las acciones de discriminación son aquellas que privan a una persona del goce de sus derechos, o de cualquier beneficio, por tener determinadas condiciones económicas, sociales, étnicas, políticas, religiosas, de identidad sexual⁵¹⁵ o de género, o situaciones de salud, como vivir con VIH-SIDA, constituyéndose como un proceso en el que se identifica a la persona por alguna de las condiciones anteriormente mencionadas. Ahora bien, el concepto de discriminación no se agota en la ruptura de la igualdad de trato⁵¹⁶, sino que abarca todas las áreas

⁵¹³ La discriminación de un individuo o grupo puede ser consciente o inconsciente e involuntaria. SOLÉ, Carlota, "Discriminación y derechos humanos ¿Qué entendemos por discriminación y cuáles son sus principales ámbitos de expresión?", en *Derechos Humanos y discriminación ¿Nuevos o continuos retos?*, editorial Alberdania S.L., 2000, Madrid, p. 29.

⁵¹⁴ RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, "Prolegómenos de una teoría política de igualdad de trato", AA.VV., *Hacia una razón discriminatoria. Estudios analíticos y normativos sobre la igualdad de trato*, GONZÁLEZ LUNA CORVERA, Teresa y RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús (Coord.), Consejo Nacional para prevenir la discriminación, RINDIS, México DF., 2014, p. 35.

⁵¹⁵ El Tribunal constitucional de España rechaza que haya discriminación por razón sexo del varón solicitante del amparo sobre esta perspectiva, afirmando que resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres. Por otra parte, el examen de las resoluciones impugnadas en amparo evidencia que el recurrente no ha sido objeto de una diferencia de trato por razón de sexo, pues la denegación de su pretensión de ser adscrito al horario nocturno con carácter fijo durante el curso 2007-2008 no se fundamenta en que sea trabajador varón, lo que excluye que nos hallemos ante una hipotética discriminación directa por razón de sexo. *Vid.* Sentencia 26/2011, de 14 de marzo de 2011 (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011).

⁵¹⁶ Sobre este tema, el Tribunal considera que la discriminación impide la adopción de tratamientos que globalmente entorpecen la igualdad de trato o igualdad de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en estos sujetos de una serie de factores diferenciadores que el legislador considera expresamente prohibidos por vulnerar la dignidad humana. Pero el elenco de tales factores no es cerrado. Si el legislador utiliza el rasgo discapacidad para perjudicar al colectivo, el Tribunal considera que ello

del patriarcado (violencia, familia, sexualidad, entre otras) y se asienta indisolublemente, de acuerdo con una diferencia de *status* o de poder de carácter estructural.

Conforme a nuestro criterio, se entiende la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, mediante acción u omisión, con intención o sin ella, que no sea objetiva, racional ni proporcional, tenga por propósito o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular, el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades.

Los motivos más frecuentes que la propician se pueden listar de la manera siguiente: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales, la edad, entre otros. Sin embargo, resulta válido aclarar que no toda desigualdad de trato por razón de nacimiento, origen racial o étnico, edad, entre otras, son necesariamente discriminatorias, sino sólo aquellas que no puedan justificarse por una finalidad legítima, y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzar la igualdad real.

De las definiciones esbozadas se colige, que la discriminación no equivale a una distinción o desigualdad por sí sola, pues ambas se refieren a la conducta de diferenciar dos entidades para dispensar tratamientos distintos a cada una, y justamente en ello radica la diferencia. La discriminación es una distinción en que el criterio para efectuarla es arbitrario o injustificado; mientras que, en la simple distinción o desigualdad, el criterio para realizarla es justificado, racional o razonable.

El concepto de discriminación utilizado por la cultura jurídica moderna se refiere a las acciones que ocasionan una diferencia de trato individual (violación de la

debe ser sometido a un estricto juicio de igualdad. *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencia 269/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 08 de noviembre de 1994).

igualdad formal), ante lo cual interviene el Derecho para garantizar una igualdad real y efectiva entre los grupos. Este carácter es un aspecto determinante en el principio antidiscriminatorio, es decir, no se trata de hacer justicia a situaciones de individuos que pertenecen a un mismo grupo, sino que, precisamente, lo que el Derecho antidiscriminatorio intenta disminuir es el entorno de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo. Por tanto, para hablar de discriminación, es necesario que se materialicen tres factores: que exista un sistema de diferencias entre grupos; que los grupos estén jerarquizados; y que existan estructuras y discursos que apoyen esas relaciones jerárquicas y de dominio de un grupo sobre otro⁵¹⁷.

La discriminación como tratamiento diferenciado, desfavorable o injusto hacia una persona por las razones aludidas, tiene carácter grupal o colectivo, debido a que se establece sobre la base de características que una persona comparte con un grupo, a pesar de la heterogeneidad interna que se da en todo colectivo⁵¹⁸. Con respecto a los grupos, se afirma que cuando han sido estigmatizados con argumentos tales como “a las mujeres no les interesa la política”, “los indios son flojos”, se produce la justificación social que permite a los aventajados el usufructo del cierre social para beneficio suyo; al mismo tiempo que juega en perjuicio de los potenciales discriminados⁵¹⁹.

⁵¹⁷ MESTRE MESTRE, Ruth, “La ciudadanía de las mujeres”... *cit.*, pp. 154-156; GARCÍA AÑÓN, José, “Igualdad y desproporcionalidad en las políticas acción afirmativa. Los problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo”, AA.VV., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELAZCO (Editores), editorial del Ministerio de Justicia, Derechos humanos y Cultos, 1ª ed., Quito, 2010, p.272; ANTÓN SÁNCHEZ, John, “Afroecuatorianos: reparaciones y acciones afirmativas”, AA.VV., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELAZCO (Editores), editorial del Ministerio de Justicia, Derechos humanos y Cultos, 1ª ed., Quito, 2010, p. 333.

⁵¹⁸ El Tribunal Constitucional de España analiza otras formas de discriminación (...) La queja del recurrente en amparo pueda ser analizada desde la perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, pero en relación con otro de los motivos concretos de prohibición de discriminación que el artículo 14 de la Constitución enumera, concretamente el referido a las circunstancias personales o sociales, pues lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral (...) *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencia 26/2011, de 14 de marzo (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011).

⁵¹⁹ HERNÁNDEZ LICONA, Gonzalo, “Escasez, exclusión y discriminación”, en FUENTES, Mario Luis y SZÉKELY, Miguel (compiladores), *Nuevo rostro en el espejo: percepciones sobre la discriminación en México*, Centro de Estudios Espinosa Iglesias, México DF., 2010, p. 40.

En aras de comprender el carácter grupal del principio antidiscriminatorio, enmarquémonos en el siguiente ejemplo: se presentan dos personas del mismo sexo ante una empresa con la intención de ser contratadas por esta, ambas demuestran las mismas condiciones profesionales y años de experiencia. Por tanto, no existe un factor de peso que distinga entre la capacidad profesional de una u otra. Al final del proceso, la empresa escoge solo a una de ellas, pudiendo la otra persona aspirante sentirse discriminada bajo el argumento de que posee las condiciones para merecer el puesto. Sin embargo, en este supuesto no sería válido el argumento de la discriminación, si la diferenciación que motivó la selección se basa en una razón individual, y ambos sujetos pertenecen al mismo grupo o sector.

El principio de no discriminación supone la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas, sistemática y tradicionalmente marginados, evidenciando que en determinados sectores (discapacitados, homosexuales, migrantes, entre otros), de la población se evidencian situaciones desventajosas no solo carentes de razonabilidad, sino contrarias a la dignidad de la persona⁵²⁰. De acuerdo con AÑONG ROIG⁵²¹, la noción de grupo no es una entidad esencialista o naturalista, caracterizada por un conjunto específico de atributos comunes, sino que requiere la existencia de una historia de discriminación que se proyecte sobre su situación actual y que pueda ser probada.

El principio antidiscriminatorio tiene una serie de características que lo distinguen de otros principios, entre ellos el de igualdad, que de acuerdo con DÍAZ REVORIO⁵²² podrían concretarse en las siguientes:

- La prohibición de discriminación se vincula directamente con la dignidad humana; en tanto, el principio de igualdad se vincula con el valor de justicia.
- El principio de igualdad ante la ley se dirige fundamentalmente a poderes públicos; mientras que la prohibición de discriminación alcanza a los particulares.

⁵²⁰ Vid. Artículo 10.1 de la Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

⁵²¹ AÑONG ROIG, María José, "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja", en *Isonomía*, No. 39, Buenos Aires, octubre 2013, p. 142.

⁵²² DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2015, pp. 78-80.

- La vinculación del principio antidiscriminatorio con la dignidad humana implica que, mientras que la igualdad ante la ley protege tanto a personas físicas como jurídicas; la prohibición de discriminación se refiere solo a las personas físicas, y en caso de que las personas jurídicas sean objeto de actos discriminatorios, como por ejemplo las iglesias; la discriminación recae sobre el colectivo de personas naturales que la conforman, con independencia de la personalidad jurídica que esta tenga.
- El principio de igualdad exige tratar igual a casos iguales, por tanto, resulta ilusorio exigir un trato desigual en fundamentos de diferenciación; lo que, puede suceder en el derecho a no ser discriminados, pues puede darse el caso de “discriminación por indiferenciación”.
- Los principios de igualdad y no discriminación se diferencian en la forma de reparar las violaciones, en el principio de igualdad ante la ley bastaría la anulación de la norma que provoca el estado de desigualdad; no siendo así en la prohibición de discriminación, en la que es necesaria la adopción de determinadas medidas que conlleven a la eliminación de aquello que originó la discriminación o acciones discriminatorias.

El reconocimiento legal del principio no discriminatorio ha sido categorizado como Derecho antidiscriminatorio, estableciéndose como una serie de normas y doctrinas relativas a la garantía de igualdad de las personas y al combate de las situaciones de desventajas enfrentadas por un grupo o sector propenso a ser discriminado. Por ello, lo que convierte el actuar discriminatorio en relevante para ser regulado por el Derecho antidiscriminatorio, es el hecho de que afecte a un colectivo o grupos de personas, las cuales por sus características son víctimas de la discriminación.

El Derecho antidiscriminatorio tiene sus orígenes en el Derecho norteamericano, conocido como *Anti Discrimination Law*, el cual surge como respuesta jurídica de las discriminaciones sufridas por razón de la raza, empleadas posteriormente para combatir la discriminación sexual, religiosa, de capacidad física, entre otras.

Esta garantía de igualdad revela que no se puede entender que este Derecho base sus objetivos en una referencia expresa de la igualdad puramente formal⁵²³.

Los preceptos del Derecho antidiscriminatorio tales como trato preferencial justificado; trato diferencial cuando no existe parámetro de comparación; trato diferencial permanente (por ejemplo, en relación con la discapacidad) y las acciones positivas, han sido desarrollados bajo bases de igualdad diferentes a la puramente formal⁵²⁴.

Estas dos condiciones de igualdad y dignidad humana deben considerarse como herramientas del Derecho antidiscriminatorio, demostrando que en el desarrollo de su concepto no se pueden concebir sus objetivos si se basan en una igualdad formal, por ello, para el Derecho antidiscriminatorio, el valor de la dignidad humana contribuye a determinar los límites de los derechos constitucionales; a decidir si un grupo determinado ha sido o no discriminado; y por último, a determinar cuándo una supuesta conducta es en efecto, discriminatoria.

3.2. El principio de no discriminación y sus diferentes manifestaciones

El principio de no discriminación es el corolario del principio de igualdad, y tiene como objetivo primordial contrarrestar o eliminar el trato de forma diferente a personas o grupos por razones de raza, sexo, color, orientación sexual, idioma, opiniones políticas, religión, nivel económico, origen, u otras condiciones como la edad, el estado civil, la discapacidad, la situación de refugiado o inmigrante.

Cuando se hace referencia al concepto de discriminación pueden identificarse varias modalidades, las más conocidas son la discriminación directa y la indirecta. Sin embargo, la distinción entre una y otra no sólo es un binomio falso,

⁵²³ BARRÉRE UNZUETA, María de los Ángeles, *Discriminación, Derecho discriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 34 y 35; MARTÍN VIDA, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense, *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 23, No. 68, Madrid, 2003, p. 154.

⁵²⁴ PÉREZ PORTILLA, Karla, "Más allá de la igualdad formal: dignidad humana y combate a la desventaja", en *Biblioteca jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2010, p. 657 y COLLINS, Hugh, "Discrimination, Equality and Social Inclusion", in *Modern Law Review*, Vol. 66, Paris, 2003, p. 17.

sino que produce confusión⁵²⁵. Este problema surge cuando se incluye en la modalidad directa la conducta que hace referencia a individuos que no forman parte de grupos minusvalorados⁵²⁶. Así, se introduce el criterio de la intencionalidad de conjunto con la consideración de que la discriminación es, tanto la que aparece de forma clara en la disposición, a través de un trato diferenciador, como la que resulta de una disposición diferenciadora⁵²⁷.

No obstante, han proliferado otras modalidades como la discriminación por indiferenciación; la discriminación errónea, oculta y por asociación; la discriminación múltiple; y la discriminación estructural. Precisamente al estudio de estas modalidades se dedicarán las siguientes líneas.

3.2.1. La discriminación directa

La discriminación directa es la situación más evidente de discriminación⁵²⁸. Se entiende como aquel tratamiento jurídico diferenciado y perjudicial a una persona, por razón de alguno de los factores prohibidos de diferenciación⁵²⁹. En estas circunstancias, el factor prohibido es alegado como razón de exclusión. Por ejemplo, cuando se impide a las personas con discapacidad el acceso a un

⁵²⁵ MESTRE MESTRE, Ruth, "La ciudadanía de las mujeres..." *cit.*, p. 154; BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (Maggy), "Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio", en *AFD*, No. XXXIV, Madrid, 2018, p. 13.

⁵²⁶ Los grupos minusvalorados se integran por aquellas personas que pertenecen a los grupos generalmente vulnerados por pertenecer a una minoría, dentro de los cuales se identifican, entre otros, a las personas discapacitadas, homosexuales, mujeres, personas migrantes.

⁵²⁷ BARRÈRE, María Angeles y MORONDO, Dolores, "La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto GRUBER del TJCE" en M. BARRÈRE, M. y A. CAMPOS, en *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*, Dykinson- IISJ Oñati, Madrid, 2005, pp. 40-45.

⁵²⁸ GARCÍA RUBIO, María Paz, "Contratación privada en la propuesta de directiva del consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual", en Sandra CAMACHO CLAVIJO, Alejandra DE LAMA AYMÁ (coord.) y Susana NAVAS NAVARRO (dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2012, p. 741.

⁵²⁹ Sobre el tema, *Vid.* AGUILERA RULL, Ariadna, "Discriminación directa e indirecta. Comparación crítica y concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres", en *Indret*, 1, Madrid, 2007, p. 9; REY MARTÍNEZ, Fernando, "El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el ordenamiento español", en Sandra CAMACHO CLAVIJO, Alejandra DE LAMA AYMÁ (coord.) y Susana NAVAS NAVARRO (dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2012, p. 32.

SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Carlos, "Nociones básicas sobre la igualdad y la no discriminación", en *Fundamentos de la Armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, Tomo I, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, SEGOB, México, DF., 2013, p. 62.

cargo o empleo público; o cuando en un *restaurant*, bar o sitio público prohíben la entrada de determinadas personas por pertenecer a una etnia.

El concepto de discriminación directa tiene algunas limitaciones: es un concepto relativo, pues requiere un comparador apropiado; y es simétrico, por lo que también puede ser invocado por los miembros de la mayoría social si recibieran un trato diferente y peor que los de una minoría social, sólo por pertenecer a dicha mayoría⁵³⁰. Esta forma de clasificar a las personas resulta discriminatoria, porque exige implícitamente que aquellas que pertenezcan a una colectividad desfavorecida tengan las mismas características que se postulan como propias del sector dominante de la sociedad. Por tanto, se discrimina directamente cuando de manera expresa se da preferencia a un grupo sobre otro basados en características individuales⁵³¹.

La discriminación directa “se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables. En este sentido, la práctica o norma aplicada al caso bajo estudio implicaría consecuencias jurídicas distintas para dos personas que se encuentran en una situación análoga”⁵³².

De ahí que la discriminación directa se exprese en normas y prácticas que, de manera expresa, excluyen o dan preferencia a determinadas personas sólo porque pertenecen a un colectivo. Por citar algunos ejemplos, los anuncios de vacantes en los que se desaconsejan sin disimulo, las candidaturas de trabajadores casados o de personas que hayan cumplido ya cierta edad, o que tengan un color de piel o características físicas determinadas⁵³³.

El tratamiento diferenciador puede verse fundado, por ejemplo, en el sexo de una persona. En este tipo de discriminación ese elemento sería el fundamento

⁵³⁰ FREDMAN, Sandra, “Discrimination Law, Substantive equality revisited”, en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, No. 3, London, 2016, p. 714.

⁵³¹ SHEPPARD, Colleen, *Social and structural sources of inequality at work: Insights from the Canadian experience*, Estudio preparado para el informe “La hora de la igualdad en el trabajo”, Ginebra, 2002, p. 15.

⁵³² PÉREZ, Eduard Jesús, *La igualdad y no discriminación en el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 1ª ed., México DF., 2006, p. 50.

⁵³³ TOMEI, Manuela, “Análisis de los conceptos de discriminación e igualdad de trato en el trabajo”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 122, No. 4, Ginebra, 2003, p. 45.

de la existencia de un criterio distinto utilizado por una norma o decisión unilateral, fundada en un mero examen superficial. Salvo supuestos verdaderamente excepcionales en los que el sexo es condición básica de la tarea a desarrollar, se trata de una diferenciación terminantemente proscrita, pues la discriminación directa también incluye aquellas circunstancias exclusivas de la mujer como factores diferenciales que solo le afectan a ella, como el embarazo, el parto o la lactancia natural.

En este marco, algunos autores reconocen las denominadas discriminaciones abiertas y las encubiertas⁵³⁴. Las primeras son las que marcan un trato diferenciado, contrario a la igualdad legalmente reconocida; mientras que las segundas son aquellas en las que, si bien la razón de discriminación no es la causa explícitamente alegada, constituye el móvil.

La disposición que contiene criterios de discriminación rompe con la igualdad de trato y es considerada como discriminación directa al sustentarse en las características definitorias de las personas pertenecientes a un grupo. Se trata de aquella situación en la que, en función de los rasgos especialmente protegidos, una persona es o puede ser tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga o comparable⁵³⁵.

Por lo tanto, el núcleo de la discriminación directa es la diferencia de trato sufrida por una persona, constituyéndose el trato menos favorable en el elemento probatorio que configura este tipo de discriminación, pues en dicho caso, la finalidad de la prueba sería la nulidad de la norma o práctica en cuestión. Para los tribunales, el núcleo del razonamiento de esta modalidad de discriminación se encuentra en la referencia comparativa, necesitando una persona o clase de

⁵³⁴ Vid. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Acciones positivas", en *Dos temas torales para los Derechos Humanos: acciones positivas y justicia de los derechos sociales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2008, p. 18; RUIZ CARBONELL, Ricardo, "El principio de igualdad entre hombres y mujeres. Del ámbito público al familiar", *Tesis presentada por el autor como candidato para la obtención del título de Doctor en Derecho en la Universidad de Murcia*, España, 2009, p. 20.

⁵³⁵ REY, Fernando y David GIMÉNEZ GLUCK, *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectiva*, Fundación Ideas, Madrid, 2010, p. 33.

sujetos que se hallen en circunstancias sustancialmente iguales y cuya principal diferencia respecto a la otra persona sea un motivo protegido⁵³⁶.

En resumen, la existencia y configuración de la discriminación directa puede ser analizada por el incumplimiento de alguna de las causales de discriminación como el sexo, la edad, orientación sexual entre otros, reconocidos en la normativa correspondiente; y esta, a diferencia de la discriminación indirecta, son declaradas o manifestadas literalmente. La discriminación directa contiene elementos esenciales que caracterizan su configuración, dentro de ellos puede señalarse que una persona es tratada de forma menos favorable de lo que haya sido o pueda ser tratada por otra, en una situación comparable basada en una causa de protección como el sexo, la edad, la discapacidad, la condición migratoria entre otras.

3.2.2. La discriminación indirecta

La incorporación al acervo jurídico europeo del concepto de discriminación indirecta tiene lugar a través de la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano, que en 1971 formuló su conocida teoría sobre el *adverse impact* (discriminaciones por impacto adverso) y analizó las prácticas que, formalmente neutras, inciden de forma más desfavorable sobre los miembros de un grupo que sobre los de otro⁵³⁷. El propósito del concepto es evitar que empresarios sin escrúpulos evadan fraudulentamente la prohibición de discriminación por el simple hecho de introducir una práctica aparentemente neutral y, por tanto, válida, como pretexto⁵³⁸.

La discriminación indirecta parte de la existencia de una práctica que se basa en la distinción, de cuyo resultado se excluye a un grupo o sector sin justificación objetiva. Este tipo de discriminación supone abordar la desigualdad no sólo desde un punto de vista formal, sino también confrontarlo a través de datos

⁵³⁶ AÑONG ROIG, María José, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja...” *cit.*, p. 142.

⁵³⁷ ELORZA GUERRERO, Fernando, “Despido y prueba de la discriminación indirecta por razón de sexo”, en *Temas Laborales*, No. 103, Sevilla, 2010, pp. 247-249.

⁵³⁸ CONNOLLY, Michael, *Discrimination Law*, Sweet & Maxwell, London, 2011, p. 153.

estadísticos que conllevan a la inversión en la carga de prueba en su análisis procesal⁵³⁹.

La discriminación indirecta, o de impacto, representa una valoración del significado que una diferencia jurídica de trato puede ocasionar sobre los miembros del grupo a proteger. Los fundamentos de esta modalidad de discriminación suponen un aumento de las razones justificativas frente al trato diferenciado, pues comporta, en distintos grados, una valoración material de las desigualdades⁵⁴⁰.

Varios autores coinciden cuando la definen como un tratamiento diferenciado basado en un motivo aparentemente neutro, o sea, que a simple vista carece de un impacto perjudicial e injustificado, pero que, esencialmente, perjudica a los miembros de un grupo determinado⁵⁴¹. Para su configuración no es necesaria la intención, sin embargo, si se realiza con el propósito de discriminar o excluir a un determinado grupo, esta intencionalidad sí puede servir como prueba de dicha discriminación⁵⁴².

Las discriminaciones indirectas no son declaradas o manifestadas literalmente, pero pueden estar presentes en las normas, las sentencias y demás resoluciones judiciales, actos administrativos o en las actividades privadas; no siendo discriminatorias aparentemente, pero produciendo esos efectos denigrantes por

⁵³⁹ En el ámbito europeo, la inversión de la carga de la prueba desde el Derecho Procesal se refleja en la Directiva 97/80/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Concretamente en su artículo 4.1 establece lo siguiente: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

⁵⁴⁰ AÑONG ROIG, María José, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja...”, *cit.*, p. 143.

⁵⁴¹ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, “El derecho a la igualdad: Su desarrollo en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”, MOSQUERA, Susana (coord.), *El derecho fundamental de igualdad*, Palestra, Lima, 2006, p. 65; SÁNCHEZ CÁRDENAS, Alejandro Diego, “Apuntes sobre la responsabilidad internacional de los Estados y discriminación indirecta contra la mujer frente a la omisión de garantizar la práctica del aborto en los casos legalmente permitidos”, *en Via Iuris*, No. 28, Arequipa, 2020, p. 25; AKHTAR, Zia, “Discriminación indirecta, empleo e igualdad en el lugar de trabajo: una comparación entre la legislación de igualdad del Reino Unido y Australia”, *en Labos*, Vol. 1, No. 1, Madrid, 2020, pp. 48-50.

⁵⁴² HEPPLER, Bob, *Equality. The legal framework*, Hart. Pu, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 86.

afectar, de manera desproporcionada, a los miembros de ciertos colectivos. Por ello, también se afirma que puede existir discriminación indirecta si se trata de manera diferente a distintas categorías de trabajadores.

La discriminación indirecta se disfraza bajo la apariencia de neutralidad, aplicando en esencia el mismo principio para todos los casos, sin embargo, factores de diferenciación resultan en supuestos discriminatorios. Tal es el caso de la exigencia de requisitos especiales para el acceso a una profesión determinada. Por ejemplo, la exigencia de una altura de 160 cm para optar por un puesto de trabajo, requisito que, si bien es aplicado tanto a hombres como mujeres, discrimina indirectamente al género femenino, al ser mucho mayor el número de hombres que superan los 160 metros de altura. Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo de España considerando como discriminatorio la exigencia de una talla mínima para el acceso al puesto de controlador aéreo⁵⁴³.

Se concluye así que por discriminación directa se entiende aquella que utiliza determinado criterio para justificar una diferencia de trato, es decir cuando alguien es tratado de forma menos favorable que otra por un motivo prohibido, por lo que se considera intencional y explícita con respecto al motivo prohibido. En cambio, la discriminación indirecta se producirá cuando determinadas prácticas, políticas, o medidas de carácter general, a pesar de ser formuladas de manera neutra, tiene efectos perjudiciales, por lo que se hace necesario acudir a otros elementos para demostrar que existe un trato discriminatorio.

3.2.3. Discriminación por indiferenciación

Generalmente, la discriminación se produce cuando a dos o más situaciones semejantes se les otorga un trato o solución jurídica diferente. Sin embargo, cuando se otorga un trato jurídico idéntico a dos o más situaciones que son diferentes de hecho, nos encontramos ante un supuesto de discriminación por indiferenciación. En este caso, la vulneración de la igualdad no se produciría por tratar jurídicamente de modo diverso dos situaciones semejantes desde el punto

⁵⁴³ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia No. 2333, de fecha 10 de julio de 2019, p. 6.

de vista fáctico, sino por otorgar el mismo régimen jurídico a dos situaciones que son, de hecho, diferentes. Por ello se cataloga como discriminación por igualación⁵⁴⁴.

Si bien es un fenómeno con peligrosas e importantes aristas, su reconocimiento en sede normativa o judicial es cuestionado⁵⁴⁵, al punto que solo ha sido estimado, aunque sin reconocerlo expresamente, por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resolvió el asunto *Thlimmenos* contra Grecia⁵⁴⁶.

El caso versó sobre la discriminación sufrida por una persona a la que le fue negado el acceso a la función pública de auditor contable en Grecia, fundándose la decisión en la existencia de una condena penal previa, motivada por la negativa de la persona a llevar el uniforme militar debido a su creencia religiosa (testigo de Jehová). La Corte sostuvo la inexistencia de razones para que el accionante fuese tratado de igual modo al de otras personas condenadas por delito grave. En este caso se alegó el quebrantamiento del derecho contenido en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y una vulneración a la libertad de conciencia y de religión, cuyo amparo se registra en el artículo 9 del propio Convenio. El Tribunal constató la violación de los preceptos referidos y dictaminó la presencia de un caso de discriminación por indiferenciación en la ley, pues la vulneración fue ocasionada por una norma jurídica que no contempló una excepción o un trato diferenciado para un supuesto que lo ameritaba⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio... cit.*, p. 24.

⁵⁴⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando, "De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, Granada, 2011, p. 171.

⁵⁴⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de abril de 2001, asunto *Thlimmenos* contra Grecia.

⁵⁴⁷ COBREROS MENDAZONA, Edorta, "Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 27, No. 81, Madrid, 2007, pp. 85 y 89; AÑÓN ROIG, María José, "Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio", en ANSUÁTEGUI ROIG, *Francisco Javier*; RODRÍGUEZ URIBES, *José Manuel*, PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Gregorio*; y FERNÁNDEZ GARCÍA, *Eusebio (coordinadores)*, *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 4, Tomo 5, Madrid, 2013, p. 663; BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles, "La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas", en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 87, 2010, p. 34.

Como señala COBREROS MENDAZONA⁵⁴⁸, en este caso se configuró un supuesto de discriminación por indiferenciación en la ley, pues la vulneración fue ocasionada por una ley que no contempló una excepción o un trato diferenciado para un supuesto que lo ameritaba. De igual forma, se considera que la discriminación por indiferenciación es una tipología de discriminación legal, provocada por el propio legislador cuando al regular un determinado ámbito, no hace una diferenciación entre situaciones que exigirían distinto tratamiento. Por lo que, puede decirse que en la valoración de este tipo de discriminación, el legislador no ha tomado en cuenta alguna propiedad relevante, estando constitucionalmente obligado a hacerlo⁵⁴⁹.

De esta manera se manifiesta que la discriminación por indiferenciación es muy similar a la discriminación por no inclusión; lo cual significa que los problemas que plantea una regulación que no ha extendido sus efectos beneficiosos a todos los sujetos a los que debía haber incluido (para respetar el principio de igualdad), son los mismos que los de aquella que no hubiera tenido en cuenta las especificidades de algunos sujetos que tenía que haber previsto (también para respetar el principio de igualdad), con lo que la inclusión de la discriminación por indiferenciación en el ámbito de lo protegido por el principio de igualdad no resulta en absoluto algo forzado o ajeno al mismo, sino plenamente coherente⁵⁵⁰.

Desde esta perspectiva, la acogida del criterio tuitivo como figura normativa, constituye una violación del artículo 14 de la Constitución española, pues la diferenciación obligada de todo lo diverso es contrario a la generalidad de la ley aplicada a todos. Como es de apreciar, la máxima instancia judicial hispana aplica una lógica legal-formalista del principio de igualdad que es contraproducente con el valor supremo de la justicia que la propia Carta Magna reconoce. Visión cuestionable, además, a la luz de criterios como la dignidad humana y la equidad, que orientan la aplicación del Derecho hacia la justicia del

⁵⁴⁸ COBREROS MENDAZONA, Edorta, "Discriminación por indiferenciación...", *cit.*, p. 83.

⁵⁴⁹ AÑÓN ROIG, María José, "Grupos sociales vulnerables y derechos humanos..."*cit.*, p. 662.

⁵⁵⁰ COBREROS MENDOZA, Edorta, "Discriminación por Indiferenciación: Estudio y Propuesta", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 81, septiembre-diciembre, 2007, p. 94

caso concreto; valorando las situaciones y los sujetos como una unidad irrepetible que impide igualar u homogeneizar su tratamiento jurídico.

3.2.4. Discriminación errónea, oculta y por asociación

A las formas de discriminación analizadas, se suman la discriminación errónea, oculta y por asociación⁵⁵¹. En ese orden, se les denomina discriminaciones “supuestas”, “presuntas” o “erróneas”, por basarse en una presunción acerca de otra persona que no es fácticamente correcta (por ejemplo, discriminar a una persona por pensar que es gays, sin serlo). Las discriminaciones ocultas son aquellas que disimulan la auténtica voluntad de discriminar, por ejemplo, la negativa a alquilar una vivienda a un afrodescendiente, cuya justificación se basa en que ya ha sido previamente alquilada, cuando esa justificación no es cierta; y la discriminación por asociación, aquellas que pueden sufrir algunas personas por su relación con otras de especiales características (por ejemplo, a una mujer se le podría denegar el acceso a un trabajo porque es la madre de una persona con discapacidad, pensando que, por los cuidados que éste requerirá, faltará mucho al trabajo)⁵⁵².

Se trata de una modalidad que se configura al amparo de una presunción incorrecta que hace suponer al sujeto discriminador ciertas características personales, o de otro tipo, del sujeto discriminado, indicativas de su pertenencia a cierto grupo humano⁵⁵³. Por ejemplo, cuando se discrimina a una persona porque su acento parece latino y eso lo convierte en migrante, cuando no lo es.

Por su parte, la discriminación oculta acontece cuando el trato diferente y perjudicial se disimula, en el intento por validar la voluntad de quien discrimina mediante justificaciones. Por ejemplo, cuando se niega acceso al empleo a una persona transexual diciéndole que no califica para el puesto, pero la negativa está motivada en su orientación o condición sexual. La acción de disimular la

⁵⁵¹ BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. y Ana I. PÉREZ CAMPOS, “La labor creadora de Derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una aproximación al tema a partir del Derecho del Trabajo Español”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. XLIX, Madrid, 2016, pp. 34 y 35; REY MARTÍNEZ, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación...”, *cit.*, p. 142.

⁵⁵² REY MARTÍNEZ, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación...”, *cit.*, p. 142.

⁵⁵³ REY MARTÍNEZ, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación...”, *cit.*, p. 142.

conducta con justificaciones que desvíen la atención de los verdaderos motivos de discriminación, supone la existencia del elemento intencional en el ejecutor.

Al respecto, ese elemento volitivo hace posible referir la presencia de la figura y facilita el discernimiento con la discriminación indirecta. En este caso, si bien existen algunos puntos de contacto entre ambas, la discriminación indirecta puede resultar ignorada, en tanto lo trascendental para esta es el resultado perjudicial que se deriva de la disposición, criterio o práctica aparentemente neutra. Por su parte, el *animus* en la discriminación oculta se produce por el deseo del agente comisario de crear la apariencia que le permite alcanzar su propósito antijurídico⁵⁵⁴.

Por último, se configura la discriminación por asociación, cuando el actuar discriminatorio se justifica por la relación de esta persona con otra que pertenezca a un grupo de especial atención, como las personas discapacitadas, transexuales, migrantes, entre otras. Un ejemplo de este supuesto sería negar el acceso al trabajo de la esposa de una persona con VIH-SIDA, alegando que se ausentará en varias ocasiones por ayudar a su pareja.

La protección jurídica de quienes se relacionan directamente con personas que se encuentran comprendidas dentro de los criterios tuitivos de la discriminación, constituye una garantía esencial del derecho a una vida digna. El reconocimiento de medidas afirmativas permite extender el amparo legal a otros sujetos vulnerables y la adopción de acciones que impidan la ocurrencia de este tipo de vejámenes, asegurando con ello su bienestar.

En resumen, las diferentes formas de discriminación analizadas anteriormente, evidencian el desarrollo alcanzado por las normas y los tribunales. En este sentido, es posible detectar un importante avance en los ordenamientos jurídicos analizados. Uno de los puntos más significativos es el nivel conceptual más acabado de las figuras tratadas, lo cual despeja un tanto el camino hacia formulaciones legales que mejoren la protección de las personas vulnerables o en desventaja.

⁵⁵⁴ Vid. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 145/1991, de 1 de julio de 1991 (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1991).

3.2.5. Discriminación múltiple

El origen de la concepción sobre la discriminación múltiple se establece en los Estados Unidos, fundamentado en las limitaciones sufridas por las mujeres afroamericanas al compararlas con los supuestos de discriminación de los hombres afroamericanos. La génesis es atribuida a *Combahee River Collective*, grupo feminista negro que promulgó un manifiesto feminista en 1977, en el que hablan de las opresiones múltiples y simultáneas de esta minoría⁵⁵⁵.

No obstante, una de las primeras y principales acepciones del término discriminación múltiple, acuñado como interseccionalidad, fue la establecida por CRENSHAW⁵⁵⁶. La autora a finales de la década de 1980, relacionó el concepto con la discriminación sufrida por las mujeres afroamericanas, quienes eran víctimas de la denigración por razón de género y raza, refiriéndose específicamente a las formas en las que interactúan la raza y el sexo en el ámbito laboral.

Para explicar este tipo de discriminación la citada autora utilizó la metáfora de la intersección de calles, en la que un accidente puede ser provocado por carros que provengan de ambas direcciones. Al sostener que las mujeres afroamericanas eran afectadas de un modo similar al descrito en la metáfora, la estudiosa llamó la atención sobre el hecho de que, al estar ubicadas en la intersección, ellas sufrían doblemente, por razón de sexo y de raza⁵⁵⁷.

La calificación del fenómeno discriminatorio generado por más de un factor, admite numerosos adjetivos, a saber: múltiple, doble, acumulativa, aditiva, multidimensional, interactiva, compuesta, combinada e interseccional. En ella, las víctimas acumulan distintas causales de discriminación que no tienen que

⁵⁵⁵ El manifiesto no emplea la palabra discriminación múltiple, pero aborda un conjunto de opresiones simultáneas que afectan los derechos de esta minoría, argumentando que al contar con dos supuestos de afectación como el género y la raza no podían identificarse con el movimiento feminista de mujeres blancas o el de los hombres de color, sino que requerían un tratamiento propio y diferenciado. ROMERO, Carmen, "Enmarañadxs en las sexualidades (reflexiones para tiempos de crisis)", en *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2012, p. 12.

⁵⁵⁶ CRENSHAW, Kimberlé, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", in *Stanford Law Review*, Vol. 43, No. 6, London, 1991, pp. 1241-1299.

⁵⁵⁷ *Idem*.

producirse en el mismo tiempo o lugar, pero que se suman y generan el supuesto segregatorio, debiendo guardar relación entre ellas⁵⁵⁸.

Según MAKKONEN⁵⁵⁹, cabe la distinción entre los conceptos de discriminación múltiple, compuesta o interseccional si bien aparecen mezclados entre sí, lo cual genera confusión y entrelaza sus significados. En este sentido, cada país u ordenamiento emplea una terminología diferente. Por ejemplo, en EE UU se emplea el término discriminación interseccional y en la Unión Europea se prefiere el de discriminación múltiple. Es importante destacar, además, que estas denominaciones enfocan una experiencia distinta a las que puede haber sufrido una persona a lo largo de su vida por motivos diferentes: discriminación sucesiva⁵⁶⁰.

En la discriminación compuesta, se produce una situación en la cual uno o varios factores de discriminación se añaden a otros en un caso concreto. Así, se añade una dificultad a las ya existentes, pero sin interactuar entre ellas y sin tener especificidad interseccional.

La discriminación interseccional se distingue por la naturaleza de la discriminación, y no siempre puede ser compartimentada en categorías, pues en ocasiones representa una experiencia multifacética en la que confluyen varios supuestos discriminatorios. Esta modalidad de segregación se muestra como una situación en la que diversos factores de discriminación interactúan simultáneamente, produciendo una forma específica de discriminación⁵⁶¹. Un ejemplo de esta segregación se establece en la discriminación sufrida por las mujeres afrodescendientes, las cuales son doblemente discriminadas

⁵⁵⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 84, Madrid, septiembre-diciembre 2008, p. 257.

⁵⁵⁹ Vid. MAKKONEN, Timo, *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Finlandia occidental, 2002, p. 16.

⁵⁶⁰ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “Discriminación múltiple: El estado de cuestión y algunas reflexiones”, en *AequAlitaS*, No. 41, La Coruña, 2017, p. 32.

⁵⁶¹ REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua...”, *cit.*, p. 257.

confluyendo varios factores discriminatorios que se convierten en una causa específica⁵⁶².

De tal manera, no sufren los miembros del grupo mayoritario al que la persona afectada pertenece, ni tampoco los miembros de la mayoría del grupo minoritario, sino la minoría invisible dentro del grupo minoritario. Por tanto, los fundamentos de esta discriminación solo deberían utilizarse cuando exista una minoría a identificar dentro de la propia minoría. Un ejemplo es la realizada a una mujer de origen africano y lesbiana, discriminada por razón de su género, color de la piel, procedencia geográfica y preferencia sexual⁵⁶³.

La discriminación múltiple, se produce cuando una persona es tratada de modo distinto y más perjudicial que otra por diferentes factores, en diversos momentos. La víctima acumula diversas experiencias de discriminación, conforme al momento en que las sufre y el factor que las motiva, por lo que también podría llamarse a esta forma de discriminación acumulativa, doble, o triple. Consecuentemente, los momentos se suman, al igual que los factores, sin que haya interacción entre ellos⁵⁶⁴.

Este punto de vista fragmentario que distingue entre discriminación múltiple e interseccional, fue reflejada en el Informe elaborado en 2007 para la Comisión Europea sobre discriminación múltiple, titulado: “Abordando la discriminación múltiple. Prácticas, políticas y normas”⁵⁶⁵. En el documento se señala que la discriminación múltiple tiene lugar cuando una persona es discriminada en diversos momentos y por diversos factores como la raza y el género. Por su parte, conceptualiza la discriminación interseccional como aquella situación en la que diversos factores de discriminación interactúan simultáneamente, produciendo una forma específica de discriminación.

⁵⁶² CRENSHAW, Kimberly, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics” en WISBERG, D. Kelly, *Feminist Legal Theory. Foundations*, EUA, Pensilvania, 1993, p. 383.

⁵⁶³ REY MARTÍNEZ, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación...”, *cit.*, pp. 127 y 128; “La discriminación múltiple, una realidad antigua...”, *cit.*, p. 258.

⁵⁶⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua...”, *cit.*, p. 258.

⁵⁶⁵ European Communities, “Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws”, 2007. *Vid.* REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua...”, *cit.*, p. 255.

Sin embargo, esta distinción conceptual no esclarece la diferencia entre discriminación simple y múltiple, pues lo que reconoce como múltiple en realidad se produce de manera singular. Ello, si se tiene en cuenta que cada caso o evento acontece con la expresión de un solo factor discriminatorio. Para que llegue a configurarse la discriminación múltiple, debe producirse algún tipo de acción u omisión diferente de la simple. La sucesión de discriminaciones en el tiempo por un solo motivo no aporta una problemática social diferente que la reconocida hasta ahora por el Derecho antidiscriminatorio⁵⁶⁶. Al hablar de discriminaciones múltiples o interseccionales sería conveniente que ambos términos fuesen fungibles⁵⁶⁷.

La distinción entre una y otra discriminación (múltiple, interseccional o compuesta) no aporta mucho a la defensa de las personas contra el fenómeno discriminatorio. Además, resulta imposible apreciar, en la práctica, tan detallado rigor clasificatorio, por lo que es conveniente prescindir de los demás calificativos y denominar como discriminación múltiple a la simbiosis que englobe a las dos restantes calificaciones.

Más apropiada es la definición de discriminación múltiple reconocida por la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, celebrado en Durban, Sudáfrica, en 2001. En el Preámbulo de su declaración, establece la obligación de los Estados de reconocer la discriminación múltiple. En este sentido, especifica en el artículo 2 que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia, tienen lugar en la raza, el color, la nacionalidad o el origen étnico, y que las víctimas pueden sufrir múltiples o agravadas formas de discriminación basadas en otras causales como el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otro tipo, el origen social, la propiedad, el nacimiento u otro *status*⁵⁶⁸.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad también acuña la definición de discriminación múltiple en los términos antes sugeridos.

⁵⁶⁶ LAMA AYMÁ, Alejandra, “Discriminación múltiple”, en *ADC*, tomo LXVI, fascículo I, La Rioja, 2013, p. 277.

⁵⁶⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio... cit.*, p. 83.

⁵⁶⁸ Declaración de las Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, Durban (Sudáfrica), 2001.

Este instrumento internacional, en su Preámbulo, establece que las personas con discapacidad son objeto de: "...múltiples y agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición"⁵⁶⁹.

Por su parte, la Observación General 3, del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, reconoce las formas de discriminación múltiple y la interseccional. En tal sentido, aclara que la primera tiene lugar cuando una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada; mientras que la segunda hace referencia a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables⁵⁷⁰.

En resumen, se coincide con SALOMÉ RESURRECCIÓN⁵⁷¹ en que la incorporación del concepto discriminación interseccional o múltiple, abre un abanico de posibilidades al reconocimiento de los fenómenos discriminatorios y de lucha contra ellos. Sin embargo, las disposiciones jurídicas encargadas de regularlas, así como las dificultades y riesgos que entraña esta aproximación, forman parte de un debate aun inconcluso.

De acuerdo a lo analizado, los términos discriminación múltiple e interseccional se entrelazan, tomándose una u otra denominación según el contexto donde se analice, sea del sistema anglosajón o europeo. La discriminación múltiple tendrá lugar cuando existan varios factores de discriminación diferentes que guardan relación entre sí y crean una forma de segregación específica. Por tanto, la

⁵⁶⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 13 de diciembre 2006.

⁵⁷⁰ Organización de las Naciones Unidas, Observación General No. 3, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 25 de noviembre de 2016. Establece que: "El concepto de discriminación interseccional reconoce que las personas no sufren discriminación como miembros de un grupo homogéneo, sino como individuos con identidades, condiciones y circunstancias vitales multidimensionales. Reconoce las vivencias y experiencias de agravamiento de la situación de desventaja de las personas a causa de formas de discriminación múltiples e interseccionales, que requieren la adopción de medidas específicas con respecto a la recopilación de datos desglosados, la consulta, la formulación de políticas, la ejecutabilidad de las políticas de no discriminación y la provisión de recursos eficaces".

⁵⁷¹ SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María, "La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural", en *Pensamiento Constitucional*, No. 22, Lima, 2017, p. 280.

ocurrencia en igualdad temporal de los factores de trato diferente y perjudicial constituye un requisito esencial para su configuración.

3.2.6. Discriminación estructural

La discriminación estructural (o sistémica) como también se ha denominado, se refiere a la desigualdad que se deriva de la influencia de los valores sociales dominantes surgidos del falso universalismo que atraviesa el diseño de la titularidad de los derechos; y que se ve reflejada en una serie de parámetros sociales dominantes en cada contexto. Desde este enfoque, puede decirse que constituye “una propuesta doctrinal dirigida a redefinir el concepto jurídico tradicional de discriminación y a dar cabida en su denotación a la noción de opresión intergrupala”⁵⁷².

Permite hacer referencia a situaciones de desigualdad social, subordinación o dominación, en las que se torna complicado particularizar determinada conducta discriminatoria. Esta modalidad de discriminación se identifica por su carácter colectivo o grupal, aunque también las personas de forma individual puedan experimentar esta clase de vejamen. Sin embargo, no debe olvidarse que el motivo real por el que concurren estas prácticas es por los elementos, rasgos o características que comparten, las cuales son propias de una colectividad⁵⁷³.

Se trata de situaciones dinámicas sociales que son reiteradas, y que conllevan a la persistencia de estructuras de subordinación y resultados que resultan desventajosos para ciertos grupos. Sus elementos se fundamentan en la desigualdad que se origina en la influencia de los valores sociales dominantes, los que ocasionan dinámicas reiteradas de segregación, configuradas en la vulneración estructural y sistémica de grupos sociales en desventaja.

El nacimiento de la discriminación estructural conlleva situaciones de desigualdad social o de subordinación, en las que resulta prácticamente

⁵⁷² AÑONG ROIG, María José, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja...” *cit.*, p. 147 y 148.

⁵⁷³ SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María, “El concepto discriminación estructural y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Trabajo Fin de Máster, Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”*, Madrid, 2016-2017, p. 48 y 49.

imposible diferenciar la conducta discriminatoria específica. Se trata de dinámicas sociales reiteradas en el tiempo que traen aparejadas estructuras de subordinación y resultados sistemáticamente desventajosos para algunos grupos⁵⁷⁴. Así, la discriminación estructural asigna a las personas roles de subordinación basados en los estereotipos sociales establecidos para los grupos a que ellas pertenecen⁵⁷⁵.

En la discriminación estructural resalta que, aun cuando comúnmente los supuestos discriminatorios son realizados por individuos, las instituciones pueden reproducir prácticas o procedimientos que en principio resultan discriminatorios, como por ejemplo las acciones excluyentes sobre personas migrantes, las limitaciones por razón de género, discapacidad, entre otros⁵⁷⁶.

El concepto presenta un arraigo histórico y tradicional que lo vuelve usual o común, tanto es así que a menudo no se percibe como un trato diferente y perjudicial⁵⁷⁷. Uno de los elementos conformadores de la discriminación estructural es su dimensión colectiva. Es decir, el actuar denigratorio se sustenta en la pertenencia a un grupo en desventaja, lo que ocasiona problemas reales para una legislación dirigida a resolver supuestos percibidos desde una arista individual.

Esta consideración evidencia un cierto rechazo a la introducción de la figura en el campo del Derecho, pues se estima que los sistemas jurídicos se encuentran más preparados para limitar la interpretación de la discriminación a una desigualdad interindividual y, en última instancia, intencional⁵⁷⁸.

El reconocer como requisito de conformación el carácter grupal de la discriminación estructural, no niega que la persona individual pueda llegar a sufrir

⁵⁷⁴ AÑÓN ROIG, María José, "Autonomía de las mujeres: Una utopía paradójica", en RAMIRO, Miguel Ángel y CUENCA, Patricia (eds.), *Los derechos humanos: La utopía de los excluidos*, editorial Dykinson, Madrid, 2010, p. 132.

⁵⁷⁵ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, "Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo", en *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, BARRANCO María del Carmen y Cristina CHURRUCA (eds.), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 30.

⁵⁷⁶ GUZMÁN ORDAZ, Raquel, "De la perspectiva de género al paradigma interseccional. Aportaciones para el análisis de las migraciones feminizadas", en VÁZQUEZ BERMÚDEZ, I. (coord.), *Investigación y género. Avances en las distintas áreas del conocimiento*, Universidad de Sevilla, 2011, pp. 865-870.

⁵⁷⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio...*, cit., p. 80.

⁵⁷⁸ AÑÓN ROIG, María José, "Autonomía de las mujeres...", cit., p. 14.

este tipo de vejamen, sino que define la condición de que esta se produce a causa de los rasgos o prejuicios asignados a una colectividad. Por ejemplo, cuando una persona transexual es discriminada, no se está atacando su ser individual, sino que el actuar discriminatorio se fundamenta en los prejuicios estructurales atribuidos a estos grupos.

Otro de los elementos de la discriminación estructural es su carácter sistémico, pues implica el desarrollo de los supuestos de discriminación de modo asiduo. Por ello, para que se reconozca su formación, no basta con un hecho discriminatorio que afecte a un grupo determinado, sino requiere además que este haya sido discriminado de forma sistémica por instituciones económicas, políticas, culturales, entre otras.

La erradicación de la discriminación sistemática no solo requiere de una solución individual adoptada judicialmente, además, necesita de cambios normativos que reconozcan sus elementos y características. La discriminación estructural enfatiza en la forma como se relacionan estereotipos, normas y roles atribuidos por la sociedad, así como las acciones individuales que influyen en la colectividad. Es el resultado de procesos sociales sistémicos que tienen lugar cuando las estructuras sociales no limitan a las personas de forma directa, sino indirecta y acumulativa, basándose en prejuicios sociales que afectan a los grupos en desventaja.

Su reconocimiento representa una ardua tarea para los tribunales, dada la exigencia de acometer la interpretación del caso con un enfoque integral y grupal, que trascienda el proceso individualista. Para ello, resulta indispensable su inclusión normativa dentro de las formas de discriminación sufridas por los grupos en desventaja, lo cual resulta vital para alcanzar el desarrollo del Derecho antidiscriminatorio.

La identificación de la discriminación estructural facilita el avance en la protección de aquellos que padecen tratos denigrantes desde una perspectiva grupal. Su enfrentamiento permite atacar la injusticia que implica la subordinación y exclusión de grupos humanos. Y más importante aún, llama la atención sobre las tradiciones e ideologías asumidas socialmente como positivas pero que

generan comportamientos segregacionistas, tanto de los individuos como de las instituciones. En este sentido, son evidentes los progresos de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derecho Humanos y de la Corte Constitucional del Ecuador, si bien resultan indispensables las acciones de política legislativa que cierren el ciclo contra esta forma de injusticia violatoria de la dignidad humana.

3.3. Las acciones afirmativas como paliativo ante la discriminación

La acción positiva o afirmativa, como también se le denomina, tiene sus orígenes en el Derecho norteamericano⁵⁷⁹. Se trata de un conjunto coherente de medidas de carácter temporal, dirigidas a que los miembros de un grupo vulnerado alcancen la igualdad efectiva que se ve afectada por una conducta antidiscriminatoria.

La acción afirmativa se dirige a un número de personas que pertenecen a un grupo determinado, o que se encuentran en situación de desventaja, como son las personas con y en situación de discapacidad⁵⁸⁰. Consiste en la integración de estrategias dirigidas a reestablecer la igualdad de oportunidades para todos, mediante la adopción de medidas temporales, encaminadas a corregir las causas de discriminación de las que pueden ser objeto por pertenecer a un sector propenso a sufrir vulneraciones de sus derechos⁵⁸¹.

Las medidas afirmativas constituyen aquellas acciones o políticas adoptadas para eliminar o mitigar las desigualdades existentes entre algunos grupos

⁵⁷⁹ BARRÉRE UNZUETA, María de los Ángeles, *Discriminación, Derecho discriminatorio y acción... cit.*, pp. 34 y 35; LEE BACHI, Carol, *The Politics of affirmative Action, Women, Equality and Category Politics*, Sage Publications, Londres, 1996, p. 32. Estos autores refieren que hacia 1950 Estados Unidos había consolidado el modelo de acumulación capitalista en el que se implantó un acuerdo mediante el cual se garantizaba mantener a los trabajadores sindicalizados con salarios altos a cambio de su disciplinamiento, sin embargo, se dejaba fuera de los beneficios a los trabajadores no sindicalizados, dentro de los que se encontraban las mujeres y las minorías étnicas.

⁵⁸⁰ PARRA DUSSAN, Carlos, "Estatutos antidiscriminación y su desarrollo en Colombia", en *Revista de Derecho*, número 27, Bogotá, julio, 2007, p. 163.

⁵⁸¹ BAHAMONDE, Macarena, "Falsa concepción de acción positiva a favor de las mujeres como medidas de discriminación directa", en *USFQ Law Review*, Vol. 2, No. 1, Quito, 2015, p. 43.

sociales⁵⁸². Estas acciones están dirigidas a alcanzar la igualdad real y no discriminación de las personas que por distintas razones se les excluye, menoscaba o limita en alguno de sus derechos. Como resultado de la amplitud de su contenido, la temática ha sido abordada por múltiples autores⁵⁸³, los que coinciden en el hecho de que las medidas de acción positiva son los planes vinculados de un modo u otro al Derecho destinado a proteger.

Las acciones afirmativas se establecen como medidas de promoción o compensación. Las primeras se refieren a una igualdad difusa y futura, las segundas utilizan criterios de porcentajes para determinar la igualdad o la no discriminación⁵⁸⁴. Un ejemplo claro de estas dos formas es la adopción de una ley que prohíba la discriminación por razón de género en los contratos laborales en el sector privado. En el primero de los casos se establecería la norma en su contenido general, dejando abierta su aplicación, mientras que, en el segundo, por el contrario, se reconocería la prohibición de discriminación, y además se impondría la obligación de los empresarios de contratar para su empresa cada diez trabajadores del sexo masculino, a diez del sexo femenino.

El uso de medidas de acción positiva puede implicar en ocasiones situaciones desfavorables. Por ejemplo, cuando se prescinde de los méritos en el campo laboral, pudiera interpretarse como una discriminación inversa, que provoca moral y jurídicamente, situación que genera una amplia discusión, por el desfavorecimiento de individuos que se encuentran en situaciones de igualdad⁵⁸⁵.

El Estado, cuando aplica este tipo de medidas, debe considerar el impacto que podría generarse para no discriminar de forma inversa a un grupo de personas en afán de proteger a otras. No obstante, existen supuestos en los que los privilegios que equiparan las opciones de los grupos en desventaja son admitidos

⁵⁸² ROSENFELD, Michel, *Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, EEUU, 1991. p.5

⁵⁸³ ZILIANI, Estefanía, "La acción afirmativa en el Derecho norteamericano", en *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Ambrosio L. Gioja*, Año V, Buenos Aires, 2011, p. 69.

⁵⁸⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", en *Revista de Relaciones Laborales, No. 13, Madrid*, 1996, p. 12; REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1995, pp. 84 y 85.

⁵⁸⁵ BEHAMONDE, Macarena, "La falsa concepción de la acción positiva...", *cit.*, p. 15.

y no constituyen acciones discriminatorias. En tales casos, el grupo desfavorecido recibe un tratamiento más ventajoso en busca de la igualdad real y efectiva de sus miembros.

Las medidas de acción positiva no discriminan a las personas que no pertenecen a un grupo protegido, por el contrario, son constitucionalmente justificadas y razonables porque persiguen la eliminación de la desigualdad de trato que sufren los miembros de los grupos discriminados.

El reconocimiento de estas acciones se registra en varios instrumentos internacionales, dentro de los que se encuentra la Convención sobre todas las Formas de Discriminación de la Mujer. En ella se establece que los Estados Partes deberán adoptar medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de *facto* entre el hombre y la mujer, tomando en consideración el concepto de discriminación establecido en la Convención. De igual forma se establece que de ninguna manera, la adopción de estas medidas entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas⁵⁸⁶.

Por otra parte, las acciones positivas también se encuentran reconocidas a partir de la introducción del Tratado de Ámsterdam, en el que se establece que el Consejo adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y equivalencia en el trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor⁵⁸⁷.

Con ello se garantiza, además, la práctica de la igualdad plena entre hombres y mujeres en la vida laboral, impidiendo a los Estados miembros mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo

⁵⁸⁶ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979, Berna.

⁵⁸⁷ Tratado de Ámsterdam, modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos, Aprobado por los Estados miembros de la Unión Europea, 2 de octubre de 1997, Países Bajos. *Vid.* artículo 141, apartado 4.

menos representado, el ejercicio de actividades profesionales, o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Del análisis de ambos instrumentos internacionales, se puede confirmar que las acciones positivas serán de aplicación temporal, brindándole la posibilidad a los Estados de adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas que se destinen a facilitar que el grupo objeto de la discriminación alcance la igualdad de oportunidad y de trato. Estas acciones deben tener como propósito alcanzar un equilibrio de igualdad entre los grupos, sin que con ello se vulnere los derechos del grupo con el que se pretende alcanzar la igualdad.

En cuanto a la adopción de medidas de acción positiva, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en España⁵⁸⁸ establece en el artículo 11 que con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos deberán adoptar medidas específicas en favor de las mujeres.

De esta forma, la ley comentada amplía la protección brindada a la mujer al establecer que las personas físicas y jurídicas podrán adoptar medidas positivas en el marco establecido por la ley.

En cuanto al tratamiento jurisprudencial de las medidas afirmativas se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señalando que:

“El derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos reconocidos en el CEDH se vulnera también si los Estados no dan un trato diferenciado a las personas que se hallen en situaciones sustancialmente diferentes”⁵⁸⁹.

De igual forma, La jurisprudencia europea ha abordado varios casos respecto a la adopción de medidas afirmativas, uno de los más representativos es el caso KALANKE, en el que se esclarece que las normas jurídicas que tienen por objeto otorgar derechos a los individuos para alcanzar la igualdad de trato, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho, por lo que es

⁵⁸⁸ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23/03/2007).

⁵⁸⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Thlimmenos contra Grecia [GC] (No. 34369/97), 6 de abril de 2000, párr. 44, Además Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Presta contra el Reino Unido (No. 2346/02), 29 de abril de 2002, p. 4.

necesario que los gobiernos, las fuerzas sociales y otros organismos afectados, emprendan acciones que protejan a aquellos que por su condición se encuentran en una posición de vulnerabilidad o desventaja⁵⁹⁰.

El caso KALANKE tiene su origen en la Ley del Land de Bremen sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública. La ley establece que las mujeres con igual capacitación que los hombres, tendrán prioridad en el acceso, traslado y promoción, siempre que estuvieran infrarrepresentadas en dicho sector profesional. En este supuesto, el señor KALANKE realiza la solicitud para un puesto de trabajo conjuntamente con la señora GLISSMAN, obteniendo ambos la misma calificación, por lo que, en virtud de la ya mencionada ley, el puesto fue otorgado a la señora GLISSMAN. Ante tales hechos, el señor KALANKE consideró que existía un supuesto de discriminación y decide apelar a varias instancias, hasta que el asunto es de conocimiento del Tribunal de Justicia Europeo, el que valora si la decisión podría resultar contraria a la Directiva 76/207 relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

El Tribunal de Justicia Europeo resolvió el asunto al confirmar la existencia de una contradicción entre la Ley de Bremen y la Directiva 76/207, pues la norma alemana va más allá de la simple adopción de medidas positivas que eliminen la desigualdad entre los sexos, al sustituir la promoción de iguales oportunidades por el resultado.

En ese mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia Europeo en la sentencia anteriormente comentada esclareciendo que:

“Una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta de las mujeres en un nombramiento o promoción, va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción”.

Se considera en este caso que el Tribunal de Justicia Europeo valora la necesidad de que exista una desigualdad real entre las personas, y que el trato diferenciador impuesto por la medida de acción afirmativa no se convierte en una forma de discriminación positiva para aquel que no se encuentra dentro del grupo protegido. La acción afirmativa no puede convertirse en un derecho de

⁵⁹⁰ Tribunal Europeo de Justicia, Eckhard Kalanke Vs. Freie Hansestadt Bremen, C-450/93, 17 de octubre de 1995, p. 3.

preferencia que atente contra el propio fin de igualdad que se pretende alcanzar con su disposición.

Otro asunto muy conocido respecto a las medidas de acción positiva en el foro europeo es el caso MARSCHALL. Se trata de una normativa similar al caso KALANKE, en que la disposición en cuestión establecía que las mujeres igualmente cualificadas debían tener prioridad en el acceso al empleo. En este supuesto, el amparo es solicitado por el Sr. MARSCHALL, el que fue rechazado para un puesto de trabajo otorgado a favor de una candidata mujer, impugnando la validez de la norma ante los tribunales nacionales, los que a su vez remitieron el caso al Tribunal de Justicia Europeo, planteando nuevamente si la disposición era compatible con la Directiva 76/207 de igualdad de trato. Finalmente, la Corte se pronunció y estableció que la norma no sería contraria siempre que:

“Garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino”⁵⁹¹.

Otro ejemplo del tratamiento que reciben las medidas de acción positiva en los tribunales europeos se evidencia en el caso ABRAHAMSSON⁵⁹². En él se trata la validez de la legislación sueca analizando el objeto del asunto entre la prioridad incondicional de la disposición del caso KALANKE y la discrecionalidad del asunto MARSCHALL. La norma sueca reconoce que los candidatos de un sexo infrarrepresentado que obtuvieran una cualificación suficiente para desempeñar el puesto, contaban con prioridad para obtenerlo, a no ser que la diferencia entre los candidatos fuera significativa.

El Tribunal de Justicia Europeo resolvió el asunto y consideró que la legislación sueca concedía automáticamente prioridad a los candidatos del sexo infrarrepresentado, alegando además, que el hecho de que la disposición

⁵⁹¹ Tribunal de Justicia en Sentencia de 11 de noviembre de 1997. Sentencia Marschall del Tribunal Europeo de Justicia de 11 de noviembre de 1997, en *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, No. 133, 1998, p. 19.

⁵⁹² Tribunal de Justicia Europeo, Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist, Asunto C-407/98 [2000] Rec. I-5539, de fecha 6 de julio de 2000.

excluyera esta distinción ante diferencias significativas en la cualificación, no excluía que se establecieran casos de desproporción que conllevaran a actos discriminatorios.

En síntesis, se puede señalar que el Tribunal de Justicia Europeo en el análisis de estos casos ha sido cauto para admitir medidas específicas que prevalezcan sobre el principio de justicia, aceptándolas solo cuando no sean absolutas o representen una discriminación positiva. Como muestra de ello, la jurisprudencia europea expuesta refiere: las medidas de acción positiva deben empelarse conforme al fin para las que fueron establecidas, de forma tal que, todas las personas sean valoradas de forma objetiva y no conlleven a supuestos de exclusión de aquellos que no pertenezcan al grupo protegido.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que no se considerarán como medidas de discriminación racial las que se adopten con el único objeto de asegurar el progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas, reconociendo así las acciones afirmativas. Con respecto a ello alega que las distinciones en ningún caso pueden considerarse ofensivas para la dignidad humana. Por ende, solo serán discriminatorias aquellas que “carecen de justificación objetiva y razonable”⁵⁹³.

De igual forma, la Corte reconoce la aplicación de las acciones positivas en el caso *Gonzales Lluy y otros* frente a Ecuador presentado por un militar de las fuerzas armadas ecuatorianas acusado de demostrar una conducta homosexual, en el que se aclara que:

“Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”⁵⁹⁴.

⁵⁹³ *European Court of Human Rights: Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands (Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands (Application No. 34462/97)*, 4 de junio del 2002, párrafo 46; y *Case of Willis v. The United Kingdom (Application No. 36042/97)*, 11 de junio de 2002.

⁵⁹⁴ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298.

En ese sentido, la Corte concluyó que la orientación sexual es una casual de discriminación protegida y constituye una violación del derecho de la persona a expresar libremente su identidad sexual.

La Constitución de la República del Ecuador del 2008 establece como obligaciones estatales la adopción de medidas de acción positiva⁵⁹⁵, incluyendo la perspectiva de género en los programas que promueve el Estado⁵⁹⁶. De igual forma, la Constitución prevé la adopción de políticas y acciones positivas dirigidas a grupos de atención prioritaria (discapacitados)⁵⁹⁷. A pesar de que la adopción de las medidas de acción positiva se reconoce como una tarea del Estado ecuatoriano, estas requieren de la participación de los ciudadanos, en aras de promover la igualdad real y efectiva.

Cabe señalar que las líneas de acción positiva no deben convertirse en una discriminación negativa, pues en todo caso, la discriminación positiva o la acción afirmativa se produce cuando se observan las diferencias y se favorece a un grupo de individuos de acuerdo a sus características o circunstancias, sin perjudicar de ninguna manera a otros grupos. En cambio, la discriminación negativa se concreta cuando se realiza un prejuicio, una valoración previa que contradiga las observaciones científicas o las disposiciones legales con el afán de causar perjuicio, o sin tal afán, pero con un resultado perjudicial⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ La Constitución ecuatoriana de 2008 establece en el artículo 11.2: “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”.

⁵⁹⁶ *Vid.* Artículo 70 de la Constitución ecuatoriana de 2008 regula que: “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”.

⁵⁹⁷ *Vid.* Artículo 341 de la Constitución de Ecuador de 2008: “El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios conocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad. La protección integral funcionará a través de sistemas especializados, de acuerdo con la ley. Los sistemas especializados se guiarán por sus principios específicos y los del sistema nacional de inclusión y equidad social. El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias”.

⁵⁹⁸ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso 0179-12-CN y Acumulados, de fecha 4 de septiembre de 2013, p. 60.

Por ejemplo, en el ámbito de la discriminación sexual, teniendo como objetivo la eliminación de la discriminación estructural, la acción positiva deja de ser identificada con ciertas medidas diferenciadoras destinadas a acelerar el equilibrio de poder entre los sexos, a través de la integración de las mujeres en espacios tradicionalmente masculinos, para pasar a constituir, más ampliamente, una política activa e integral contra la discriminación estructural de las mujeres, superando en este sentido, las políticas inactivas o basadas simplemente en el reconocimiento de la igualdad ante la ley y en las declaraciones de derechos.

Como resultado, la adopción de las acciones positivas por los Estados⁵⁹⁹ no deben estar encaminadas a la instauración de medidas que pretendan ponderar un grupo sobre otro, pues en esencia, el principio promulga el alcance de una igualdad, que de promover el establecimiento de normas desiguales, romperían el objetivo que pretenden alcanzar, de allí que las medidas adoptadas no pueden conllevar a una discriminación inversa o positiva al favorecer excesivamente a un grupo determinado⁶⁰⁰.

La influencia de la adopción de medidas de acción afirmativa se evidencia de igual forma en los pronunciamientos de las Cortes Constitucionales, por ejemplo, en el Tribunal Constitucional de España cuando alega:

“(...) La propia necesidad del establecimiento de un trato desigual que recaiga sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales y tenga por función precisamente contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya

⁵⁹⁹ Respecto a las medidas de acción positiva como obligación del Estado debe considerarse que todo derecho a un acto positivo, o sea, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones, contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado. Esta protección abarca desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, título original *Theorie der Grundrechte*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 428.

⁶⁰⁰ En el caso de Ecuador, la adopción de medidas o acciones afirmativas que logran eliminar barreras de desigualdades sociales, se toman por medio de medidas legislativas y normativas, así pues, en la actualidad existen acciones afirmativas, como, por ejemplo, en el caso de un concurso de méritos y oposición, se otorga puntos adicionales por género, etnia, raza, discapacidad, lugar de nacimiento, de acuerdo a grupos que se consideren excluidos en el acceso al sector público. *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 001-18-SAN-CC, Caso 0008-16-AN, de fecha 10 de enero de 2018.

Capítulo III: Presupuestos teóricos del principio de no discriminación. Análisis de su regulación jurídica en el ordenamiento comunitario europeo y el español

que en tal caso la diferencia de régimen jurídico no solo no se opone al principio de igualdad, sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad (...)”⁶⁰¹.

El alto Foro Constitucional español refiere que las acciones positivas amparadas en la protección de la mujer frente a las desigualdades a las que son sometidas, hallan su razón correcta en el artículo 14 de la Constitución española. Estas acciones están amparadas:

“En la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina: situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas del mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo”⁶⁰².

La sentencia en análisis se encarga de esclarecer que no todas las medidas que establezcan acciones a favor de la mujer pueden considerarse acordes con el principio de igualdad, pues algunas pueden dar lugar a que se refuerce la situación de vulnerabilidad. Al respecto la Corte aclara que:

“Partiendo de presupuestos de inferioridad física o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que aunque de apariencia protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina”⁶⁰³.

La adopción del criterio de cuotas como medidas de selección para una representación equilibrada de ambos sexos es dilucidada en Sentencias del Tribunal Constitucional español. En un caso establecido ante el Alto Foro español y resuelto mediante la sentencia No. 13/2009⁶⁰⁴, el tribunal refiere que deberá velarse porque la adopción de medidas de acción positiva de asignación de cuotas no conlleven a un tratamiento diferenciador injustificado, pues el acceso se basará en los méritos y capacidades de los solicitantes y no en la pertinencia o no a un grupo protegido.

El tratamiento jurisprudencial de las medidas de acción positiva en la Corte Constitucional española resulta claro; la adopción de las medidas afirmativas no

⁶⁰¹ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 3/1981, de 10 de noviembre (*BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981*).

⁶⁰² Tribunal Constitucional de España, Sentencia 128/87, de 4 de febrero (*BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987*).

⁶⁰³ *Idem*.

⁶⁰⁴ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 13/2009, de 19 de enero (*BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2009*).

puede conllevar a un supuesto de discriminación de las personas que no pertenecen al grupo protegido, por el contrario, son constitucionalmente justificadas y razonables al perseguir la eliminación de la desigualdad de trato que sufren los miembros de los grupos discriminados, para su implementación puede utilizarse un sistema de cuotas.

Por otra parte, la Corte Constitucional ecuatoriana “constata que la Constitución de la República no solo recoge el principio de no discriminación de manera general, sino que además establece normas particulares para ciertos grupos poblacionales con el fin de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación”⁶⁰⁵. En cuanto a su aplicación a determinados grupos la Corte Constitucional de Ecuador refiere que “interesa para el estudio de la aplicación de la disposición enjuiciada, el principio de igualdad y no discriminación en dos escenarios: El primero se desarrolla en el ámbito de la desigualdad entre las personas con discapacidad y el resto de la sociedad, y tiene que ver con las medidas de acción afirmativa a favor de las personas con discapacidad”. En este sentido ha sostenido:

“Las normas constitucionales e internacionales (...) nos han dejado claro que la igualdad de las personas incluye: a) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíben diferencias que no se puedan justificar con criterios razonables y objetivos, y b) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva. De allí que la igualdad, impone tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”⁶⁰⁶.

Del análisis de la posición de la Corte se establece que las medidas de acción positiva se encuentran destinadas a promover la igualdad real y efectiva para aquellos grupos desventajados que sufren alguna de las causales de discriminación previstas en la Constitución ecuatoriana. Para la Corte el papel del Estado en la adopción de estas medidas constituye una obligación que dimana de su deber constitucional de garantizar el desarrollo de los derechos fundamentales, al respecto ha expresado que:

⁶⁰⁵ Vid. Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 006-17-DTI-CC, Caso 001316-TI, de fecha 23 de marzo de 2017, p. 30.

⁶⁰⁶ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 072-17-SEP-CC, Caso 1587-15-EP, de fecha 15 de marzo de 2017, p. 46.

Capítulo III: Presupuestos teóricos del principio de no discriminación. Análisis de su regulación jurídica en el ordenamiento comunitario europeo y el español

“Toda obligación debe ser rigurosamente observada por el Estado al momento de elaborar políticas públicas y las normas reglamentarias de carácter administrativo que las desarrollan, debiendo incorporar en dichos procesos una perspectiva de derechos humanos, que garantice la inclusión de todos los grupos vulnerables reconocidos por el artículo 35 de la Constitución de la República, de manera que sus producciones protejan el pleno ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad, formal y material”⁶⁰⁷.

Así, las medidas de acción positiva pueden ser aplicadas tanto al sector público como el privado. La rotundidad de su aplicación no excluye a los particulares y sus relaciones, debido a que comprende toda medida de promoción, impulso, compensación y corrección que debe ser adoptada por el Estado, como agente prestatario de la igualdad material y real, a través de la eliminación de las desigualdades de hecho en todos los ámbitos de la sociedad. El Estado es el sujeto encargado de fomentar políticas de equiparación, destinadas a un grupo de personas, sobre la base de un mandato constitucional que refiere la protección de derechos fundamentales como la igualdad y no discriminación.

La importancia de las medidas afirmativas ha conllevado a la Corte Constitucional ecuatoriana a conceptualizarlas sosteniendo que se constituyen en:

“(…) una serie de mecanismos encaminados hacer realidad uno de los grandes ideales del constitucionalismo: la igualdad. Pero una igualdad que vaya más allá de la perspectiva de la no discriminación, una igualdad real, en los hechos, y no únicamente en los textos jurídicos”.

“(…) las medidas o acciones afirmativas que logran eliminar barreras de desigualdades sociales, se toman por medio de medidas legislativas y normativas; así pues, en la actualidad existen acciones afirmativas, como por ejemplo, en el caso de un concurso de méritos y oposición, se otorga puntos adicionales por género, etnia, raza, discapacidad, lugar de nacimiento, de acuerdo a grupos que se consideran han sido excluidos en el acceso al sector público”⁶⁰⁸.

El Alto Foro ecuatoriano ha llegado a diferenciar las medidas afirmativas de la llamada discriminación inversa al referir que:

“La discriminación positiva o la acción afirmativa se produce cuando se observa las diferencias y se favorece a un grupo de individuos de acuerdo a sus características o circunstancias sin perjudicar de ninguna manera a otros grupos;

⁶⁰⁷ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 344-16-SEP-CC, Caso 1180-10-EP, de fecha 26 de noviembre de 2016, p. 40.

⁶⁰⁸ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 001-18-SAN-CC, Caso 0008-16-AN, de fecha 10 de enero de 2018, p. 19.

en cambio, la discriminación negativa se concreta cuando se realiza un perjuicio, una valoración previa que contradiga las observaciones científicas o las disposiciones legales con el afán de causar perjuicio, o sin tal afán, pero con un resultado perjudicial”⁶⁰⁹.

De la interpretación de la Corte resulta evidente que la adopción de las medidas de acción afirmativa no constituye discriminación, pues no ocasiona un perjuicio o daño a un tercero, ya que están dirigidas a lograr alcanzar la igualdad real entre las personas.

En resumen, para la aplicación de las medidas de acción positiva, el Estado debe considerar que estas respondan a deberes constitucionales, asignando objetivos claves en los que serán aplicadas, por tanto, la desigualdad de hecho debe demostrarse de forma objetiva. La acción positiva no implica una forma de discriminación, pues no genera limitaciones o perjuicios para el resto de la sociedad. Su definición es amplia, y se basa en la adopción de una serie de medidas temporales y especiales, lo cual significa que tienen un objetivo, que una vez cumplido, dejarán de surtir efectos.

En ese sentido, resulta trascendente señalar que un término que puede identificar la finalidad de estas acciones, es el “equilibrio” necesario en el disfrute de los derechos de las personas, sean cuales fueren sus particularidades. Otro elemento esencial que no puede soslayarse es, precisamente, que las acciones positivas o afirmativas, se identifican con conductas y estrategias, amparadas o permitidas por el Derecho, pero que tienen en su diseño y consecución un importante elemento volitivo estatal. Con esto quiere decirse que, su éxito y realización dependerán de que el Estado concientice su necesidad con vocación social y decida emprender esfuerzos en aras de equiparar las oportunidades para todos, brindando posibilidades diferentes a los desaventajados para que al menos lo sean menos.

Este es un ejemplo que muestra la relación del Estado y el Derecho, ya que la consecución de las acciones positivas existe como posibilidad jurídica, sin embargo, su realización concreta desborda lo jurídico, depende de elementos

⁶⁰⁹ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 048-13-SCN-CC, Caso 0179-12-CN y Acumulados, de fecha 4 de septiembre de 2013, p. 60.

ideológicos, axiológicos y políticos que se expresan en el actuar estatal con respecto a la visión institucional de la igualdad y la necesidad de repudiar la discriminación.

3.4. Mecanismos de defensa del Derecho antidiscriminatorio

La primera tarea del Derecho antidiscriminatorio, una vez definido el principio de no discriminación, es clasificar los diferentes instrumentos jurídicos que tienen como objetivo establecer y regular las distintas causales de discriminación. La delimitación de estos mecanismos de defensa constituye mucho más que una tarea de orden teórico, debido a que la repercusión material que se establece en el reconocimiento de estos instrumentos como medios de protección jurídica, constituye la primera garantía para aquellas personas víctimas de la discriminación. A continuación, se abordará en apretada síntesis al respecto.

Los mecanismos de lucha contra la discriminación constituyen herramientas, independientemente de su plasmación y destinatarios, mediante las cuales el Estado adopta acciones para eliminar o prevenir los supuestos de discriminación⁶¹⁰. Dentro de ellos, se identifica la adopción de medidas afirmativas, las que, si bien forman parte de los mecanismos antes mencionados, no se establecen como las únicas herramientas para la lucha contra la discriminación. La diferencia estriba esencialmente, en que los mecanismos tienen destinatarios diversos, o sea, no solo están direccionados a las personas víctimas de supuestos discriminatorios, sino que además pueden alcanzar a los discriminadores.

La normativa europea se erige como uno de los principales mecanismos de defensa del principio de no discriminación. En ningún Estado europeo los conflictos sobre discriminación serán de conocimiento exclusivo de los tribunales de justicia, debido a que los Estados combinan procedimientos judiciales (ya

⁶¹⁰ ESPARZA REYES, Estefanía y Francisco Javier, DÍAZ REVORIO, “Los mecanismos de lucha contra la discriminación: aportaciones para la configuración del Derecho antidiscriminatorio”, en UNED, en *Revista de Derecho Político*, No. 105, Madrid, mayo-agosto 2019, pp. 57-63.

sean civiles, penales, laborales o contencioso administrativos) con aquellos no judiciales (acceso a locales)⁶¹¹.

De acuerdo a la finalidad que persiguen los mecanismos, estos pueden clasificarse en directos e indirectos. Las muestras de la aplicación directa son numerosas, por ejemplo la incorporación de las disposiciones de no discriminación en numerosos instrumentos internacionales⁶¹²; el reconocimiento brindado por los ordenamientos de diversos países, tanto en disposiciones constitucionales como legales⁶¹³, y la creación de instituciones o asociaciones de lucha contra la discriminación, tanto a nivel nacional como internacional⁶¹⁴.

Por su parte, se consideran indirectos aquellos que no están dirigidos centralmente a la prohibición de discriminación, pero que, en su contenido, abordan elementos que representan un mecanismo de protección contra los supuestos discriminatorios. Por ejemplo, la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en España.

En el Ecuador, pudiera mencionarse la creación del Defensor del Pueblo, que sirve de cauce para que se denuncien acciones discriminatorias, aunque su objetivo general sea mucho más amplio⁶¹⁵. Además de ello, no puede dejar de mencionarse el diseño del Plan Nacional de desarrollo 2017-2021 “Toda una Vida” del Estado ecuatoriano, que constituye un documento programático que en sí mismo se erige como mecanismo, al menos en el orden formal y proyectivo,

⁶¹¹ REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio... cit.*, p. 90.

⁶¹² *Vid.* Supra epígrafe 3.5.

⁶¹³ Pueden mencionarse a modo de ejemplos, el artículo 14 de la Constitución española en relación con la Ley Orgánica 4/2000 y la Ley Orgánica 3/2007. En el caso ecuatoriano, constituyen referentes al respecto: la regulación brindada en el artículo 11.2 de la Constitución ecuatoriana, el reconocimiento como delito de las acciones discriminatorias previstas en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano y la legalización del Matrimonio civil igualitario.

⁶¹⁴ Como el Instituto de la Mujer en España o la creación de la Organización ecuatoriana de mujeres lesbianas. En el plano internacional, puede mencionarse la Red Internacional de Derechos Humanos, etc.

⁶¹⁵ La Constitución ecuatoriana de 2008 establece en su artículo 215, que este órgano tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los ecuatorianos, y en su primer acápite declara como una de sus atribuciones el patrocinio de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección.

para la consecución de los derechos, entre ellos la igualdad y la no discriminación⁶¹⁶.

La clasificación de los mecanismos antidiscriminatorios en directos e indirectos se encuentra estrechamente relacionada con otra forma de concepción de estos, que los distingue en generales o específicos. Según tal clasificación, los primeros desarrollan preceptos aplicados a todas las formas de discriminación, por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución española, o el 11.2 de la Constitución ecuatoriana. Sin embargo, los segundos, regulan supuestos específicos de discriminación. A estos efectos se pueden mencionar tanto en el ámbito internacional como nacional: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Ley 26/2011 sobre la discapacidad en España; el Plan Nacional de Erradicación de la Violencia Intrafamiliar y de Género, hacia la Niñez, Adolescencia y Mujeres de Ecuador, entre otros.

Siguiendo esta última idea y dependiendo de su origen y alcance, estos además pueden clasificarse en nacionales e internacionales. Esta diferenciación resulta clara al ampararse en la fuente de la que surgen. Al analizarse su jerarquía, pueden separarse en supraconstitucionales; constitucionales; legales; infralegales, y sin carácter vinculante o privados.

Dentro de esta última clasificación puede citarse el Informe presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos titulado “Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia”, en el que se señala que el acceso a la justicia (mecanismo legal) no debe

⁶¹⁶ El Plan Nacional de desarrollo 2017-2021 del Estado ecuatoriano garantiza una vida digna en igualdad de oportunidades para las personas, además reconoce al Estado como el responsable de proporcionar a todas las personas individuales y colectivas, las mismas condiciones y oportunidades para alcanzar sus objetivos. *Vid.* Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, “Toda una Vida”, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – Senplades, 2017, Quito.

constituir la única garantía establecida por los Estados para evitar las situaciones de vulnerabilidad en la que se encuentran determinados grupos⁶¹⁷.

Otro criterio de clasificación que puede ser empleado es aquel que los divide en procedimentales, sancionadores e institucionales. Los mecanismos o garantías procedimentales son aquellas que implican la adopción de ciertas medidas tendientes a eliminar o mitigar los efectos de la acción discriminatoria en algún proceso o procedimiento judicial, donde los afectados pueden intervenir como partes o interesados.

Dentro de ellas destacan: la previsión de que la tutela judicial de la igualdad de trato incluya todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación (cese inmediato, prevención de violaciones inminentes o ulteriores, indemnización de daños y perjuicios y restablecimiento de la víctima en el pleno ejercicio de su derecho); la atribución de legitimación procesal a organizaciones políticas, actores sociales y organizaciones especializadas para defender los derechos e intereses de sus asociados ante los tribunales; la consideración de interesado de tales entidades en los procedimientos en los que la administración tenga que pronunciarse en relación con una situación de discriminación, siempre que cuenten con la autorización del afectado, o sin ella, en los casos en que las personas afectadas conformen una pluralidad indeterminada o de difícil determinación; y, la inversión de la carga de la prueba en los asuntos donde se ventilen casos de discriminación, con excepción de las materias penal y administrativa sancionadora⁶¹⁸.

En el caso de las garantías sancionadoras, es importante referir que el poder público en este caso se impone la igualdad a contrapelo de sus violadores. En su extenso número destacan: la declaración de nulidad de cualquier disposición, acto o negocio jurídico que cause o pueda causar discriminación; la eventual exigencia de responsabilidad administrativa, penal o civil por daños y perjuicios, derivada del incumplimiento de la protección frente a la discriminación; la

⁶¹⁷ Informe de país, Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 34, Aprobado por la Organización de Estados Americanos, 28 junio 2007, Estado Plurinacional de Bolivia.

⁶¹⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando, "Breve análisis del Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Revista Pensamiento y Cultura Gitanos*, No. 57, marzo 2011, p. 49.

atribución de responsabilidad patrimonial por discriminación (con presunción, además, de existencia de daño moral), tanto de la persona que la cause, como de los empleadores o prestadores de bienes y servicios cuando tal discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones de protección); la exigencia a la autoridad pública que conozca un supuesto de discriminación con ocasión del ejercicio de sus competencias de incoar el correspondiente procedimiento administrativo⁶¹⁹.

Por su parte, en el caso concreto de las garantías institucionales supone la creación de un ente especializado, una autoridad que vele y promueva el respeto a la igualdad y la no discriminación en los diferentes ámbitos, que auxilie a las víctimas y les proporcione asesoramiento. Pero que no se quede en fronteras vacuas, sino que actúe y que sea independiente para que realice su trabajo de forma coherente y sin sesgos políticos.

Esta clasificación de los mecanismos de lucha contra la discriminación no abarca todas las posibles categorizaciones dentro de las que se enmarcan las herramientas analizadas. Sin embargo, se puede apreciar que los instrumentos que mayor protección general brindan son los directos, debido a que están dirigidos expresamente a limitar o eliminar los supuestos de discriminación a través de la identificación de todos los tipos discriminatorios posibles.

Finalmente, a modo de resumen, puede decirse que los mecanismos de derecho antidiscriminatorio son aquellas medidas que adopta el Estado para erradicar o prevenir los supuestos de discriminación que sufren todas aquellas personas que se encuentran en una situación de desventaja por pertenecer a cierto colectivo o tener determinadas características definitorias de su identidad que son inmutables. Por ello, tienen como objetivo poner fin a esas situaciones de desventaja y reducir las desigualdades entre las personas y colectivos.

⁶¹⁹ *Ídem*.

3.5. El principio de no discriminación en el Derecho Internacional de los derechos humanos

La prohibición de no discriminar se impone a todos los poderes públicos y privados. Este es un principio que actúa sobre el legislador, pero también se proyecta *erga omnes*. Por tanto, se relaciona con el principio de igualdad, mostrando matices según la fuente en que se contenga, analizando que, si bien en los convenios colectivos se aplica la cláusula general de igualdad, esta juega matizadamente, debido a que el principio debe hacerse compatible con otros valores que tienen su origen en la autonomía de la voluntad y la autonomía colectiva⁶²⁰.

La prohibición de discriminación de tales colectivos implica una violación más cualificada de la igualdad, que debe ser corregida y eliminada, exigiendo incluso, un trato desigual compensador o una acción positiva para lograr que el paralelismo de los colectivos marginados sea real y efectivo. Considerando lo anteriormente expuesto, hay que señalar que el principio de no discriminación se establece como un epifenómeno de la subordinación, entendida esta última como aquella desigualdad estructural de carácter grupal.

En cuanto a los tratados y convenios internacionales que reconocen el principio de no discriminación, puede afirmarse que hay una gran variedad de ellos, donde está contenida, desde diversos ángulos, la protección contra la discriminación. Entre los primeros puede citarse la Convención Americana como prístino derrotero sobre derechos humanos que reconoce la prohibición de discriminar en función del resto de los derechos consignados en el tratado⁶²¹. Tal es así, que se prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, y no sólo en cuanto a los

⁶²⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, "El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales. Perspectiva Constitucional reciente", en *Lan Harremanak*, No. 25, Vizcaya, 2012, p. 25.

⁶²¹ El artículo 1.1 de la Convención establece: "Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". *Vid.* Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".

derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que aprueben los Estados partes. Lo cual ratifica a esta prohibición y al principio de igualdad en uno de los pilares del Derecho internacional⁶²².

El concepto de discriminación no es definido expresamente en algunos de los instrumentos internacionales estudiados, tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los pactos de la Organización de Naciones Unidas, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo adelante CADH)⁶²³. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas ofrece una definición que identifica una serie de motivos prohibidos de discriminación en la Observación General No. 18, al disponer que debe entenderse por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base 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, que tengan por objeto anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁶²⁴.

La prohibición de discriminar no es un principio que se haya configurado de manera instantánea, al contrario, se fue estableciendo en los tratados internacionales como un derecho autónomo de manera progresiva. Por ejemplo, en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se establece que cada uno de los Estados Partes, deberán respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos, sin realizar distinción alguna por motivos de raza, color, sexo,

⁶²² SOSA SALAZAR, Edinson Guillermo; Luis Johao CAMPOVERDE NIVICELA y Melina Estefanía SÁNCHEZ CUENCA, “Los principios de titularidad, exigibilidad e igualdad y no discriminación como principios de aplicación de los derechos en el Estado ecuatoriano”, en *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 11, No. 5, Quito, octubre-diciembre 2019, p. 434; DÍAZ GARCÍA, Iván, “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, No. 2, 2013, pp. 652 y 653.

Vid. Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶²³ *Colección Legislar sin discriminación*, Editoriales SEGOB, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, Legislatura Cámara de Diputados, ISBN: 978-607-7514-78-7, México, 2013, p. 55.

⁶²⁴ Organización de Naciones Unidas, Observación General No. 18, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación*, Ginebra, 37 periodo de sesiones.

idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Seguidamente se reconoce que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección⁶²⁵.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, también contiene una prohibición de discriminación desde su preámbulo, estableciendo posteriormente que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, la discapacidad, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales⁶²⁶.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que la discriminación tiene lugar cuando existen distinciones o tratos diferentes que directa o indirectamente se basen en los motivos prohibidos de discriminación y que tengan por objeto o por resultado menoscabar el reconocimiento o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos recogidos en el Pacto; reconociendo que constituye una acción de discriminación la incitación a discriminar y el acoso⁶²⁷.

⁶²⁵ DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, "El desarrollo del derecho a la no discriminación en el sistema de derechos humanos de la Naciones Unidas", AA.VV., *Derecho a la no discriminación*, Carlos DE LA TORRE MARTÍNEZ (Coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2006, pp. 123 – 162.

Así lo establece el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Vid.* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, Estados Unidos.

⁶²⁶ RODRÍGUEZ CEPEDA, Jesús, "¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?", AA.VV., *Discriminación, igualdad y diferencia política*, editorial del Consejo Nacional para prevenir la Discriminación y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México DF., 2007, p. 72. Así lo establece el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. ONU, *Asamblea General*, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, resolución 44/25, United Nations, Treaty Series.

⁶²⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 2 de julio de 2009, Estados Unidos.

En el caso de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶²⁸ se define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad, que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo; incluyendo todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables; entendiéndose por tal las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales⁶²⁹.

Como es de apreciar, cada una de las convenciones o pactos internacionales sobre igualdad y no discriminación han enfocado su mira en una o varias aristas de la discriminación, aunque no con una visión holística o totalizadora. Al respecto, los avances se han logrado por etapas y han estado sujetos a los vaivenes de la política internacional y los intereses de los diferentes países o grupos de ellos. No obstante, lo cierto es que hubo progresos que son complementarios, los unos con los otros. En este sentido, no puede afirmarse que una convención sea superior a la otra o mejor que otra; en todo caso puede decirse que unas, las más recientes, toman lo mejor de las anteriores y llenan los espacios no cubiertos por aquellas.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de *Belém do Pará*, establece también el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, incluyendo así el derecho a ser libre de toda forma de discriminación⁶³⁰.

⁶²⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 13 de diciembre 2006.

⁶²⁹ PALACIOS, Agustina, "El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables. Una mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", AA.VV., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELAZCO (Editores), editorial del Ministerio de Justicia, Derechos humanos y Cultos, 1ª ed., Quito, 2010, pp. 390 – 394.

⁶³⁰ En esta Convención se propone por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres contra el fenómeno de la violencia, tanto en el ámbito

En la actualidad, sólo existen cuatro tratados de derechos humanos que contienen definiciones explícitas de discriminación⁶³¹, ellos son: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁶³²; el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Discriminación en materia de empleo y ocupación⁶³³; la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza⁶³⁴; y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979⁶³⁵.

En Europa puede mencionarse el Protocolo Adicional número 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades

público como en el privado y su reivindicación dentro de la sociedad. *Vid.* Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém do Pará, Aprobada por la Organización de Estados Americanos, 1994, Brasil.

⁶³¹ BAYESFKY, Anne, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", *in Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 1-2, 1990, pp. 9 y 10.

⁶³² "La expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública". *Vid.* Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965, Berna.

⁶³³ "El término discriminación comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". *Vid.* Convenio No. 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), Aprobado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, Aceptado en 1958, ratificado por Ecuador el 10 de julio de 1962, Berna.

⁶³⁴ La mencionada Convención establece en su artículo 1: "La discriminación es toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en 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 o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial: a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana". *Vid.* Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, Aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 14 de diciembre de 1960, París.

⁶³⁵ La Convención define la expresión "discriminación contra la mujer" como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. *Vid.* Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Fundamentales⁶³⁶, que en su disposición primera contempla la proscripción general de discriminación que implementa en su artículo 14 la prohibición de discriminar, al establecer que nadie puede ser discriminado en el goce y ejercicio de los derechos establecidos en el tratado⁶³⁷.

En base al artículo 14 del Convenio Europeo, se han formulado criterios para diferenciar distinciones justificadas e injustificadas. El artículo establece que el goce de los derechos y libertades reconocidos deberán ser asegurados sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Varios son los casos en los que tribunales europeos que se basan en el fundamento jurídico del artículo 14 de la Convención Europea para emitir un concepto de discriminación. En tal sentido, se encuentra el caso ABDULAZIZ, CABALES y BALKANDALI frente a Reino Unido, en el que la Corte dictaminó que: “El concepto de discriminación conforme al sentido del artículo 14 incluye, en general, los casos en que una persona o grupo es tratado, sin la debida justificación, de manera menos favorable que otro, aun cuando el trato más favorable no sea exigido por la Convención”⁶³⁸.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual; y en su segundo apartado prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el

⁶³⁶ Dentro del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, se incluye el Protocolo No. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 2000. *Vid.* Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Aprobado por el Consejo de Europa en Roma, 4 de noviembre de 1950, Italia.

⁶³⁷ El artículo 14 del Convenio Europeo establece: “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio han de ser asegurados sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁶³⁸ *Vid.* Corte Europea de Derechos Humanos, caso ABDULAZIZ, CABALES y BALKANDALI vs. Reino Unido, Vol. 94, Serie A, 28 de mayo de 1985.

ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados⁶³⁹.

Son varios los instrumentos internacionales que reconocen el principio de no discriminación mediante la prohibición de las acciones discriminatorias, sin embargo, la regulación jurídica en los Estados que firman estos instrumentos vinculantes dependerá en gran medida del ordenamiento jurídico interno y del tratamiento normativo que se establezca en función del principio de no discriminación.

3.6. El principio de no discriminación en el ordenamiento comunitario europeo

En el Derecho comunitario europeo se caracteriza por ser un sistema fuerte en materia de aplicación del principio de no discriminación. Si bien puede apreciarse una marcada dispersión de sus normas en forma de directivas a los estados que componen la Unión, es posible afirmar que se trata de un modelo que combina las disposiciones legales que sustenten la aplicación del principio citado, de conjunto con políticas o acciones afirmativas que dan protección a sujetos y grupos vulnerables o en desventaja.

En la Comunidad europea, el Consejo de Europa, integrado por 47 Estados de esa región, es considerado, en cuanto a Derecho antidiscriminatorio, el mayor fórum intergubernamental y parlamentario del continente. Prohíbe la discriminación cuando dispone que el goce de los derechos y libertades reconocidos serán asegurados sin distinción alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación⁶⁴⁰.

⁶³⁹ Tratado de Lisboa, modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Aprobado por los Estados miembros de la Unión Europea, 13 de diciembre de 2007, Portugal. *Vid.* artículo 21, apartado primero.

⁶⁴⁰ Consejo de Europa, Ministerio de Asuntos Exteriores Unión Europea y Cooperación.

Por esas razones se dedicarán un espacio al estudio de las características y rasgos relevantes del Derecho comunitario europeo; un modelo a tener en cuenta para la propuesta que se propone en esta investigación.

3.6.1. Algunas notas sobre la evolución del Derecho antidiscriminatorio comunitario

La primera normativa de la Unión Europea respecto a la discriminación es el Tratado de Roma o Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. A partir de esta regulación se establece el deber de cada Estado de garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo, reconociéndose así la no discriminación por razón de género⁶⁴¹.

Posteriormente, le siguen los pasos en el reconocimiento del principio antidiscriminatorio en el ámbito europeo, el Tratado de Ámsterdam de 1997⁶⁴², que establece el principio de no discriminación e igualdad de oportunidades como una de las directrices básicas dentro de las políticas de la Unión Europea, a partir del cual se dispone que el Consejo adopte todo tipo de medidas contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Con la firma del Tratado de Lisboa⁶⁴³, se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, a través del cual se incluyen aspectos significativos sobre la igualdad y la no discriminación. Mediante este acuerdo, se reforman los tratados originarios, configurándose el actual artículo 6 del Tratado de la Unión Europea⁶⁴⁴ (en adelante TUE) en el que expresamente se establece que la Carta de Derechos Fundamentales (en lo adelante CDF) tiene el mismo valor jurídico que los tratados. En tanto, el

⁶⁴¹ *Vid.* artículo 119 del Tratado de Roma (Italia), 25 de marzo de 1957.

⁶⁴² El Tratado de Ámsterdam fue aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam (16 y 17 de junio de 1997) y firmado el 2 de octubre de 1997 por los ministros de Asuntos Exteriores de los quince países miembros de la Unión Europea. Entró en vigor el 1 de mayo de 1999 tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros, según sus propias normas constitucionales.

⁶⁴³ Tratado de Lisboa, modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Aprobado por los Estados miembros de la Unión Europea, 13 de diciembre de 2007, Portugal.

⁶⁴⁴ Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

apartado segundo del artículo 52 de este último instrumento, especifica que los derechos formulados en los tratados seguirán teniendo el alcance otorgado por los mismos, sin que este implique ampliación o alteración. Por tanto, todas las discriminaciones prohibidas no estarían abiertas, sino limitadas a los factores específicamente reconocidos en el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea⁶⁴⁵, en lo adelante (TFUE).

Siguiendo ese orden, el TFUE establece que los Estados miembros deberán luchar contra la discriminación de toda clase en la ejecución de sus políticas y acciones, promoviendo la prohibición de toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual⁶⁴⁶. Con el Tratado, se instituye una nueva etapa del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea, al prever la actuación antidiscriminatoria comunitaria no sólo en relación con el sexo, sino a nivel multicausal⁶⁴⁷, donde se reconoce que el principio de no discriminación tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos, cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.

Relacionado a ello, se establece con posterioridad el Protocolo número 12 el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo adelante CEDH), que reconoce el principio de igualdad de trato. Lo que sustenta, a la postre, la prohibición general de discriminación del artículo primero; y, en segundo lugar, que se reconozca el principio de igualdad de oportunidades⁶⁴⁸.

Con esa regulación jurídica se sigue la fórmula de los instrumentos adoptados en el ámbito de la Unión Europea cuando afirma que el principio de no discriminación no impedirá que los Estados partes adopten ciertas medidas con la finalidad de promover una igualdad plena y efectiva, siempre que exista una

⁶⁴⁵ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea fue firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. *Vid.* Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Versión Consolidada, Diario oficial de la Unión Europea, C/326/49, Aprobado por los Estados miembros de la Unión Europea, 26 de octubre de 2010, Países Bajos.

⁶⁴⁶ *Vid.* artículo 10 del TFUE.

⁶⁴⁷ La multicausalidad refiere la inclusión de nuevas formas de discriminación además de la ya reconocida (sexo).

⁶⁴⁸ Convenio Europeo de Derechos Humanos, Aprobado por el Consejo de Europa, 4 de noviembre de 2000, Italia.

justificación objetiva y razonable⁶⁴⁹. De esta forma, se evidencia una reconfiguración del principio sobre las causas de discriminación de nueva generación que han sido prohibidas⁶⁵⁰.

El Tratado de Ámsterdam da lugar a la Directiva 2000/43 por razón de etnia⁶⁵¹, mediante la cual se reconoce el derecho de igualdad ante la ley y se dispone que toda persona deberá estar protegida contra la discriminación; erigiéndose como un derecho universal al amparo de los instrumentos internacionales de los que son signatarios los Estados miembros. Uno de los elementos distintivos de esta Directiva es que asume la discriminación basada en el origen racial o étnico, como un peligro para la consecución de los objetivos del TFUE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social; la elevación del nivel y la calidad de vida; la cohesión económica, social y la solidaridad. Esta protección va más allá del acceso a la actividad por cuenta propia o ajena, abarcando ámbitos como la educación, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, las ventajas sociales, la oferta de bienes, servicios y el acceso a los mismos.

La mencionada directiva prohíbe también, en toda la comunidad, cualquier discriminación, directa o indirecta, por motivos de origen racial o étnico; aplicándose de igual forma a los nacionales de terceros países, sin referirse a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada, residencia, el acceso al empleo y al ejercicio profesional.

De igual forma, en esta normativa la protección contra el derecho de discriminación alcanza tanto a las personas naturales como a las jurídicas, cuando se dispone que los Estados miembros deben proteger, de conformidad

⁶⁴⁹ QUESADA SEGURA, Rosa, "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, No. Extra 3, Madrid, 2007, p. 55.

⁶⁵⁰ Las causas de discriminación de nueva generación son aquellas reconocidas en las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE (referentes a la edad, discapacidad, orientación sexual y origen racial o étnico). BALLESTER PASTOR, María Amparo, "La lucha contra la discriminación en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, No. 92, Madrid, 2011, pp. 207-256.

⁶⁵¹ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, a las personas jurídicas en aquellos casos en los que sean discriminadas por el origen racial o étnico de sus miembros⁶⁵².

En cuanto al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se aprueba la Directiva 78/2000⁶⁵³, en la que se reconoce que las personas que hayan sido objeto de discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, dispongan de los medios de protección jurídica adecuados.

Si se realiza una comparación de ambas directivas, puede decirse que el ámbito de aplicación de las mismas es diferente, aun cuando los destinatarios sean las mismas personas e incluyan disposiciones en común. La diferencia entre ellas radica en que, la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo (Directiva 2000/78) incluye la prohibición de discriminación en el trabajo por diferentes motivos (también el racial); mientras que la Directiva sobre igualdad racial (Directiva 2000/43) cubre el acceso a todo tipo de bienes y servicios, pero sólo por motivos de discriminación racial o étnico⁶⁵⁴.

Posteriormente, se establece la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con lo cual se excluye los actos de discriminación por razón de nacionalidad⁶⁵⁵.

⁶⁵² *Vid.* artículo 16 de la Directiva del Consejo de 29 de junio de 2000.

⁶⁵³ Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁶⁵⁴ Las Directivas antes citadas, aunque tienen un amplio espectro antidiscriminatorio, no son tan explícitas como el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece la prohibición contra toda discriminación por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual; y cualquier discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea. *Vid.* Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, 7 de diciembre de 2000, París.

⁶⁵⁵ Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOL 158, 30 de abril de 2004, p. 77.

Con la promulgación de estas directivas surge, en cuanto a la igualdad de trato en el empleo, la Directiva 2006/54⁶⁵⁶ con el fin de garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. En tal sentido, se establece la prohibición de exclusión al distinguir que, para un mismo trabajo, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de elementos y condiciones de retribución. Sobre todo, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, el que deberá estar basado en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos. De esta forma, se excluyen las discriminaciones por este motivo, prohibiéndose además cualquier discriminación directa o indirecta en los regímenes profesionales de seguridad social.

Si analizamos las anteriores directivas, se puede concluir que en el caso de la 2000/78, no es una norma configuradora del principio de igualdad general, con carácter abierto, sino una norma comunitaria referida a ciertas y concretas causas de discriminación prohibidas (religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual). Lo mismo cabe decir de la Directiva 2000/43 referida a la etnia y la 2006/54 referente al género.

No obstante, de su análisis se pueden señalar algunos elementos que resultan comunes. Entre ellos podemos deducir: la conceptualización de la discriminación directa (situación resultante del trato menos favorable a una persona que a otra en situación comparable o análoga); la introducción del concepto de acoso, al establecer que se produce un comportamiento no deseado de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo; y, por último, la reformulación de la acción positiva con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado

⁶⁵⁶ Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), artículos 4 y 5.

miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas⁶⁵⁷.

En suma, si fuera preciso destacar un aspecto central entre los que hasta ahora se han descrito respecto a la evolución del tratamiento del principio antidiscriminatorio en el ámbito de la Unión Europea, sin duda debería ser su fragmentación. El principio antidiscriminatorio clásico elaborado en el Derecho comunitario gira en torno al género y se consolida a través de las directivas. Sin embargo, las causas de nueva generación de discriminación se dispersan en cuanto a su configuración y alcance en la normativa⁶⁵⁸.

3.6.2. Una mirada a la normativa antidiscriminatoria europea

El principio de no discriminación protege la dignidad misma del ser humano, lo que permite la cohesión y ejercicio del resto de los derechos fundamentales. Se ha interpretado como derecho autónomo, pues garantiza por sí mismo la igualdad ante la ley⁶⁵⁹; y como derecho subordinado o vinculado, porque existen preceptos de Derecho Internacional que prohíben la discriminación en el contexto de los derechos y libertades⁶⁶⁰, incluidos los artículos de los instrumentos que prevén la cláusula antidiscriminatoria⁶⁶¹.

La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos, esenciales a los efectos de su

⁶⁵⁷ Vid. BELLESTER PASTOR, María, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 44.

⁶⁵⁸ BELLESTER PASTOR, María Amparo, "La lucha contra la discriminación en la Unión Europea...", *cit.*, p. 222.

⁶⁵⁹ Así lo interpreta el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la Observación General No. 18 al establecer en el artículo 26 que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección; garantizando a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. Vid. Observación General No. 18 de la Organización de Naciones Unidas Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación. Ginebra, 37 periodos de sesiones.

⁶⁶⁰ La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) establece que cuando se ve la igualdad y no discriminación como derecho subordinado, debe considerarse como un todo cada uno de los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Vid. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Sentencia 6833/74, caso Marckx vs. Bélgica, de 13 de junio de 1978.

⁶⁶¹ Nos referimos en este caso al artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

goce y ejercicio⁶⁶². Esta relación entre la igualdad y la no discriminación, permite que sea considerado un principio general del Derecho. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante Corte IDH), nada justifica tratar a ciertas personas con menoscabo a los principios fundamentales de igualdad y no discriminación que, además, conforma el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana⁶⁶³.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos regula el principio de igualdad y no discriminación, significando una garantía para que todos los Estados cumplan con sus obligaciones como guardianes de protección en el ordenamiento jurídico interno⁶⁶⁴.

En el Derecho comunitario⁶⁶⁵, se vincula la discriminación al principio de igualdad de trato, identificándose dos tipos de discriminación: la directa e indirecta, pues igualdad de trato supone ausencia de discriminación, bien sea directa o indirectamente, o, tanto directa como indirecta. Esta relación entre igualdad y antidiscriminación se erige como un principio *ius cogens*, el cual no puede ser cambiado, al sentar fundamentos en preceptos internacionales que no admiten acuerdo en contrario⁶⁶⁶.

⁶⁶² Organización de Naciones Unidas, Observación General No. 20, la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Ginebra, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

⁶⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso ACOSTA CALDERÓN vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005.

⁶⁶⁴ *Vid.* artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”. Declaración Universal de Derechos Humanos, Aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 217 A (III), 10 diciembre 1948, Estados Unidos.

⁶⁶⁵ El Derecho comunitario es entendido como uno de los principales escenarios de desarrollo jurídico del principio de no discriminación, y se integra por el conjunto de normas que regulan el actuar de la Comunidad Europea y sus Estados miembros.

⁶⁶⁶ *Vid.* Directiva del Consejo 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Uno de los primeros vestigios de regulación legal del principio antidiscriminatorio en la Comunidad Europea está en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en lo adelante (CEDH). El artículo 14, cuyo título es “Prohibición de discriminación”, establece que el goce de los derechos y libertades reconocidos debe ser asegurado, por tanto, no se admitirán discriminaciones por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones públicas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación, dejando esta última causa abierta en la que puede incluirse otras formas de discriminación no previstas en las cláusulas anteriores⁶⁶⁷.

La novedad del Protocolo del Convenio radica en que la prohibición se extiende a cualquier ley, y no solamente a los derechos previstos en él. De esta forma, es posible aplicar dicha disposición a cualquier legislación doméstica e internacional vigente en los Estados parte, e incluso, a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Carta Social Europea⁶⁶⁸.

Otro instrumento de aplicación es la Carta Social Europea⁶⁶⁹, la que refiere en su Preámbulo, que el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por razón de sexo. Asimismo, refleja el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual, por un trabajo de igual valor⁶⁷⁰; y además contempla el derecho a la no discriminación de la mujer por su condición biológica⁶⁷¹. Sin embargo, no existe en la mencionada Carta ninguna manifestación sobre discriminación por orientación sexual, a excepción de lo previsto en la segunda parte del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, donde contempla el principio de igualdad con cláusulas de interdicción de discriminación sexual⁶⁷².

⁶⁶⁷ Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH, *Roma, 4 de noviembre de 2000*.

⁶⁶⁸ *Vid.* GONZÁLEZ LUNA CORVERA, Teresa y Jesús, RODRÍGUEZ ZEPEDA, *Hacia una razón antidiscriminatoria...*, *cit.*, p. 14.

⁶⁶⁹ Consejo de Europa, Carta Social Europea, Ministro de Asuntos Exteriores, Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980 (BOE número 153, 26 de junio de 1980), España.

⁶⁷⁰ *Vid.* Artículo 4.1 de la Carta Social Europea.

⁶⁷¹ *Vid.* Artículo 8 de la Carta Social Europea

⁶⁷² Instrumento de Ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, Estrasburgo, 5 de mayo de 1988.

Posteriormente, se aprueba la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁶⁷³, como el primer instrumento que mostró un reconocimiento formal en el Derecho comunitario al principio de igualdad formal o material con carácter general, que seguidamente se unificó como un tratado con el mismo nombre⁶⁷⁴. Este reconoció, entre sus disposiciones, la igualdad ante la ley y la protección de aquellas categorías o grupos que por su situación de vulnerabilidad requieren de necesidades particulares, como es el caso de los menores y las personas mayores o con discapacidad⁶⁷⁵.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se comienza a utilizar el calificativo de comunitario para referirse a la Unión Europea, modificándose el Tratado de la Unión Europea⁶⁷⁶ y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), el que pasa a ser llamado Tratado para el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Al modificar el TUE, el Tratado de Lisboa pasa a asumir expresamente una serie de valores y objetivos en cuanto a discriminación e igualdad de trato⁶⁷⁷.

⁶⁷³ *Vid.* Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

⁶⁷⁴ El Tratado de Niza, en vigor desde el primero de febrero del 2003, no tuvo fuerza vinculante en lo relativo a la CDFUE hasta diciembre del 2009, añadiendo una redacción en los artículos 7, 17, 24, 25, 27, 40 entre otros, del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. *Vid.* Tratado de Niza por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos firmado en Niza el 26 de febrero de 2001. Este Tratado incorporó la Carta de derechos Fundamentales.

⁶⁷⁵ El artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce 14 supuestos de no discriminación, dentro de los cuales pueden citarse el sexo; raza; color; orígenes étnicos o sociales; características genéticas; lengua; religión o convicciones; opiniones políticas o de cualquier tipo; pertenencia a una minoría nacional; patrimonio; nacimiento; discapacidad; edad; orientación sexual; nacionalidad.

⁶⁷⁶ El artículo 6 apartado 2 contempla la adhesión de la Unión Europea al CEDH, al establecer: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. El apartado 3 de este artículo regula: Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

⁶⁷⁷ Dentro de estos valores se refleja en el artículo 9: “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”.

La competencia respecto a la discriminación en la Comunidad Europea es compartida entre la Unión y los Estados miembros, sin perjuicio de la subsidiariedad. El apartado número 1 del artículo 21 de la Carta de Funcionamiento de la Unión Europea, se inspira en el artículo 13 del TCE y el 14 del CEDH, existiendo una tendencia a la uniformidad en las causas de discriminación⁶⁷⁸. Ante una posible colisión entre los instrumentos internacionales protectores del principio de no discriminación, se admite que la Unión Europea garantizará una protección más amplia que la contenida en otros textos internacionales vinculantes.

El artículo 21 de la Carta de Funcionamiento de la Unión Europea deberá circunscribirse en la práctica al Derecho comunitario, estando limitado en su propia naturaleza de principio o valor, tal y como lo reconoce su artículo 52⁶⁷⁹. Dicha Carta no crea ninguna competencia nueva para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas por los tratados (TFUE y TUE), aclarando el artículo 19 del TFUE que le corresponde a la Unión la lucha contra la discriminación y la definición y ejecución de las políticas de esta sin incurrir en discriminaciones. De tal manera, resulta indispensable el reconocimiento de los derechos, libertades y principios que en ella se consagran⁶⁸⁰.

El tratamiento jurídico brindado al principio antidiscriminatorio en el ámbito europeo, incluye las Directivas europeas, dentro de las que se encuentra la No. 76/207/CE del Consejo⁶⁸¹, mediante la cual se reconoce una especial protección a la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, con lo cual se

⁶⁷⁸ POZO MOREIRA, Francisco Javier, *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación, la cláusula abierta de no discriminación del artículo 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Andavira Editora S.L, Santiago de Compostela, 2012, pp. 42-48.

⁶⁷⁹ El artículo 52 de la Carta de Funcionamiento de la Unión Europea regula que: “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance son iguales a los que se les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide el Derecho de la Unión conceda una libertad más extensa”.

⁶⁸⁰ El artículo 19 del TCE establece que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1.

⁶⁸¹ Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

supone la extensión del principio de igualdad entre los sexos, identificándose además el principio de igualdad de trato mediante el cual se prohíbe cualquier forma de discriminación, ya sea directa o indirecta.

Posteriormente, como resultado de la evolución de la regulación del principio antidiscriminatorio, se establece una nueva Directiva, la 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico. En la disposición se prohíbe toda forma de discriminación en materia de empleo, alcanzando ámbitos como el acceso a un empleo o a una profesión, la promoción, la formación profesional, las condiciones de empleo y trabajo, así como la afiliación a algunos organismos⁶⁸².

La Directiva establece que la discriminación basada en el origen racial o étnico puede poner en peligro el alcance de un alto nivel de empleo y protección social, además de la elevación del nivel y la calidad de vida. En este caso, los Estados miembros deben fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales y las organizaciones no gubernamentales para estudiar las distintas formas de discriminación y combatirlas. Esta disposición fue muy apreciada debido a su amplio alcance, pues su aplicación va más allá del dominio del empleo y mercado laboral, al incluir ámbitos que no son abordados con asiduidad en la legislación contra la discriminación, como la educación, la habitación y los cuidados de salud⁶⁸³.

Posteriormente, con la creación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo⁶⁸⁴, se fija un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la educación,

⁶⁸² Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

⁶⁸² Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) del Consejo de Europa.

⁶⁸³ RODRÍGUEZ CANOTILHO, Mariana, *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, editorial Arazandi, España, 2017, p. 176.

⁶⁸⁴ Como evidencia de la aplicación de esta Directiva, se presenta la Sentencia del TJUE, asunto C-144/04, de noviembre de 2005, en la que se alegó por la parte actora una violación respecto a la causal de discriminación por razón de la edad. El tribunal en la Sentencia afirma que el principio de no discriminación por razón de la edad como un principio general del Derecho comunitario debe ser respetado por todos los Estados miembros. Aplicando en este caso el artículo 6 apartado 1 de la Directiva comentada. *Cfr.* VELASCO PORTERO, María Teresa y GUTIÉRREZ GARCÍA, Elena, "Discriminación por razón de edad *versus* fomento del empleo. Comentario a la STJCE de 22 de noviembre de 2005, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, No. 67, s.l., Madrid, 2006, pp. 317-325.

prohibiendo toda discriminación basada en el origen racial o étnico de las personas en ámbitos más amplios (como el empleo, la educación, el acceso a los bienes y servicios, la protección y seguridad social, la cultura, entre otros). Con ello, se proporciona una protección jurídica a las víctimas de la discriminación y una definición común de la discriminación ilícita de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia⁶⁸⁵.

Esta última norma regula que su objeto es analizar un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. Además se establece la obligación de la entidad empleadora de llevar a cabo “ajustes razonables”, de forma tal que una persona que presente alguna discapacidad tenga acceso al empleo y pueda desarrollarse eficientemente⁶⁸⁶.

De las directivas que se han analizado, se ofrecen definiciones de la discriminación directa e indirecta y del acoso (inclusive sexual)⁶⁸⁷, admitiendo, además, algunas excepciones al principio de igualdad de trato en un número limitado de circunstancias que se consideran legítimas. Las cuales se conocen como directivas de nueva generación de derechos, bajo el amparo normativo de la legislación comunitaria antidiscriminatoria.

Bajo esta línea de protección contra todas las formas de discriminación, surgen dos nuevas directivas. La primera, la 2002/73/CE⁶⁸⁸, introduce, entre otros aspectos, el principio de igualdad de trato y el reconocimiento de la

⁶⁸⁵ La Directiva 2000/78/CE del Consejo refiere en el artículo 2.4 lo siguiente: “toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1”.

⁶⁸⁶ El artículo 1 establece que: “La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato”. El artículo 5 refiere: “Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto”.

⁶⁸⁷ Es incluido en las Directivas 2000/43 y 2000/78, definido como aquellas situaciones que se produce un comportamiento no deseado con el sexo de una persona, creando un ambiente hostil, degradante, humillante u ofensivo.

⁶⁸⁸ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

discriminación directa e indirecta, así como el acoso y el acoso sexual⁶⁸⁹. La segunda, Directiva 2004/113/CE, aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro, extendiendo la aplicación del principio a toda la contratación privada⁶⁹⁰.

En el año 2006 se aprueba la Directiva 2006/54/CE encaminada a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). En ella se establece que la prohibición de discriminación debe entenderse sin perjuicio del mantenimiento o la adopción de medidas, destinadas a evitar o compensar situaciones de desventaja que puedan sufrir personas de determinado grupo. Suma además una definición de acoso y acoso sexual y retribución, aspecto novedoso que permite reconocer la protección de cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo⁶⁹¹.

La norma no solo limita su contenido al reconocimiento y protección contra las formas de discriminación, sino que además cita ejemplos de acciones discriminatorias, considerándose muy progresista en su contenido. En ese sentido, es de destacar que reconoce no solo la protección contra la discriminación, sino también el reconocimiento de la necesidad de que los Estados miembros inciten a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación, para que adopten medidas eficaces que prevengan todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo en la formación profesional y en la promoción⁶⁹².

⁶⁸⁹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *Comentarios a la Ley para igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007, p. 10.

⁶⁹⁰ Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

⁶⁹¹ La Directiva 2006/54/CE establece en su artículo 2 algunas definiciones entre las que se encuentra la discriminación directa, discriminación indirecta y el acoso.

⁶⁹² El artículo 26 de la Directiva 2006/54/CE establece que: "los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso

De hecho, el modelo antidiscriminatorio de la Unión Europea, al igual que el modelo norteamericano, se basa en lo que ha venido a denominarse un modelo antidiscriminatorio fuerte, incluyendo conceptos o motivos de discriminación diferentes al sexual, logrando trascender al marco de las relaciones laborales y demás esferas del Derecho privado. El modelo se caracteriza por tres instrumentos o técnicas jurídicas que se establecen en la tutela jurisdiccional, dígase: la protección frente a la discriminación indirecta; la inversión de la carga de la prueba a favor del actor; y el otorgamiento de legitimación procesal a ciertas entidades o grupos vulnerados para litigar a favor de colectivos⁶⁹³.

La protección y regulación del principio antidiscriminatorio ha transitado por una amplia evolución en la comunidad europea, incidiendo la redacción de sus instrumentos internacionales en los fundamentos de las regulaciones internas de los Estados signatarios. Sin embargo, la aplicación de las directivas y su implementación en el Derecho interno dependerá de la actividad y reconocimiento legislativo realizado por los Estados miembros para adaptar las disposiciones comunitarias al ordenamiento jurídico patrio. Por tanto, la concreción en el ámbito privado de las disposiciones reconocidas en las Directivas Europeas estará condicionada en gran medida al reconocimiento efectivo realizado en cada país miembro.

En conclusión, el tratamiento del principio antidiscriminatorio en el ámbito comunitario se caracteriza por su dispersión, existiendo varios instrumentos encargados de regular los preceptos fundamentales. No obstante, a pesar de esta fragmentación, se pueden destacar como aspectos centrales los siguientes: son discriminatorias las distinciones realizadas a las personas; la intención del actuar discriminatorio no es un requisito de conformación de la discriminación; los Estados adoptarán medidas de acción afirmativa para alcanzar la igualdad real y la no discriminación; y, por último, la prohibición de discriminación se extiende al ámbito laboral y privado.

sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profesional y en la promoción”.

⁶⁹³ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Discriminación y carga de la prueba... cit.*, p. 19.

3.7. El Derecho español ante la discriminación. Análisis normativo y jurisprudencial

El ordenamiento jurídico español, como muchos, ha sufrido una evolución paulatina en cuanto al reconocimiento del principio de igualdad y la prohibición de discriminación. En esta oportunidad, el criterio de selección de este país se fundamenta en los progresos y modos de llevar adelante la regulación e implementación del Derecho Antidiscriminatorio, y los estrechos vínculos culturales que el Ecuador posee con la cultura hispánica. Nuestros estudiosos y operadores del derecho tienen muy en cuenta la doctrina y práctica española. Por tales razones, se impone un estudio que permita valorar los avances de un orden legal y estatal que guarda importantes analogías con la forma de ver el fenómeno jurídico en nuestra nación, y así poder tomar las experiencias más cercanas a la realidad ecuatoriana en el concierto mundial ajustándolas a nuestras características.

Recorriendo los primeros pasos sobre el tema, debe reconocerse la Constitución de 1931, donde se refrendó la igualdad entre hombres y mujeres, en un intento por eliminar la discriminación que sufrían estas últimas. No obstante, tal prohibición normativa desapareció durante la dictadura franquista, donde la mujer era sometida a la tutela del esposo⁶⁹⁴.

Años más tarde, el artículo 14 de la Constitución española de 1978 estableció la igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal. Este principio se convirtió en un fundamento constitucional, fundado en la prohibición de discriminación a cualquier persona debido a su origen, nacimiento, sexo, religión, o cualquier otra circunstancia personal o social en relación al ejercicio de sus derechos civiles. Justamente esta

⁶⁹⁴ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “El fundamento de los derechos en la Constitución española. Especial consideración al tratamiento de la igualdad y la igualdad de género”, en *Violencia de Género e Igualdad. Aspectos jurídicos y sociológicos*, editorial Universitas, Madrid, 2014, p. 61.

prohibición otorga sustentabilidad al principio de discriminación, que lo diferencia de la regla general de igualdad, aplicándose asimétricamente⁶⁹⁵.

Tal asimetría en la aplicación del principio antidiscriminatorio, implica una diferencia entre la regla de igualdad y la prohibición de discriminación en relación con la realidad social. La referida asimetría se manifiesta en el hecho de que la igualdad presenta dos facetas, la primera, tratar igual lo que es igual y, la segunda, tratar desigual lo que es desigual. De tal modo, la simetría se rompe en favor de la primera faceta o consideración, en tanto la igualdad no necesita de justificación, pues ella misma es un valor y un principio general del Derecho que deviene en presunción *iuris tantum*. En cambio, la asimetría se presenta en la segunda faceta, el trato desigual, pues la decisión habrá de justificar en cada caso, aquello razonable y justo que motiva el trato diferente. Por consiguiente, es allí donde pesa la carga de la argumentación⁶⁹⁶. Al respecto, en la Constitución española se vislumbra una distinción entre la desigualdad de trato, por diferencia jurídica razonable, y la clasificación sospechosa o prohibición de discriminación en sentido estricto.

Considerando lo anterior, es preciso señalar que, el principio de no discriminación se establece como un supuesto independiente del de igualdad. Si bien existe una correlación entre ambos, la importancia y reconocimiento normativo brindado al principio le otorgan un tratamiento diferenciado y propio⁶⁹⁷. Así, constituye una norma prohibitiva que busca evitar diferencias de trato de acuerdo con las circunstancias establecidas en el propio precepto, por entender que la distinción basada en alguna de estas causales afectan derechos o bienes

⁶⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi, "Igualdad y diferencia", AA.VV., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELAZCO (Editores), editorial del Ministerio de Justicia, Derechos humanos y Cultos, 1ª ed., Quito, 2010, pp. 164 y 165.

⁶⁹⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", AA.VV., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELAZCO (Editores), editorial del Ministerio de Justicia, Derechos humanos y Cultos, 1ª ed., Quito, 2010, p. 114; POZO MOREIRA, Francisco Javier, *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación...*, cit., p. 15; FERRAJOLI, Luigi, "Igualdad y diferencia...", cit., pp. 164 y 165.

⁶⁹⁷ APARISI MIRALLES, Angela, "Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, Madrid, 1995, pp. 284 y 285.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia 39/2002 de 14 de febrero (BOE número 63, de 14 de marzo de 2002).

básicos de la persona y que, por tanto, resultan especialmente repudiables en atención a los valores sobre los que se construye el modelo social español⁶⁹⁸.

El reconocimiento del principio en el Derecho español asienta sus preceptos en la normativa comunitaria, los tratados internacionales de los que el país es signatario, y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España. Foro a partir del cual se reafirma que las causales de discriminación enunciadas en las segunda parte del artículo, no limitan la protección legal brindada por el ordenamiento jurídico solo a las allí mencionadas⁶⁹⁹.

Es preciso destacar que el listado del artículo 14 de la Constitución española es abierto, no establece un *numerus clausus*, sino que alude expresamente, a diversos rasgos sospechosos de un cierto tipo de discriminación⁷⁰⁰. Esta concepción se debe conforme al Tribunal Constitucional a la “interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona”⁷⁰¹.

Si se realiza un análisis del citado artículo 14, encontramos entre las causales de prohibición de discriminación una cláusula genérica relativa a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, dejando abierto el reconocimiento de otras causales⁷⁰². Con lo cual se demuestra que, el legislador español prevé la

⁶⁹⁸ BURGOS SÁNCHEZ, Tamara Cecilia, “El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la Constitución española y en normas laborales con referencia particular al sexo como razón de distinción”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 3, No. 6, Santiago de Chile, 2012, pp. 137-163.

⁶⁹⁹ En relación a ello, la Sentencia 3/2007 de 15 de enero del Tribunal Constitucional de España reafirma que las causales de discriminación enunciadas en la segunda parte del artículo no limitan la protección legal brindada por el ordenamiento jurídico solo a las causales allí mencionadas; criterio que se reafirma con posterioridad en la Sentencia No. 6/2008 de 21 de enero. *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencia 6/2008, de 21 de enero (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2008). *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencia 3/2007, de 15 de enero (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007).

⁷⁰⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio... cit.*, p. 31.

⁷⁰¹ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 128/1987, de 16 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987).

⁷⁰² POZO MOREIRA, Francisco Javier, *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, pp. 130 y 280; FERRANDO GARCÍA, Francisca María, “La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral”, *Revista Labos*, vol. 1, No. 2, enero- junio, 2020, pp. 90- 92.

posible aparición de nuevas modalidades discriminatorias, además de las expresamente reconocidas en el mencionado precepto, las que ingresarían al marco tuitivo como causas atípicas por carecer de regulación expresa.

Si bien el artículo que se analiza no exige que la prohibición de discriminación tenga un desarrollo legal, el legislador ha establecido su reconocimiento en una serie de normas jurídicas amparadas en las Directivas comunitarias 2000/43⁷⁰³ y 2000/78⁷⁰⁴. Dentro de las disposiciones normativas que lo refrendan puede mencionarse la Ley 62/2003 de medidas fiscales y administrativas y del orden social⁷⁰⁵.

Para reforzar el tratamiento de la causal de no discriminación por razón de nacimiento u origen, se aprobó la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Con base en esta normativa, el gobierno deberá garantizar la efectividad del principio de no discriminación, reconociendo iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España⁷⁰⁶.

La propia ley conceptualiza la discriminación como todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción o exclusión basada en la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas contra un extranjero; que tenga como fin destruir o eliminar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las

⁷⁰³ Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

⁷⁰⁴ Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁷⁰⁵ Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, 31 de diciembre de 2003), Madrid.

⁷⁰⁶ Así lo reconoce el artículo 21 la discriminación como 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. *Vid.* Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12/01/2000).

libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural, además de delimitar aquellos actos que se consideran discriminatorios⁷⁰⁷.

En cuanto a la prohibición de discriminación de la mujer en España, la Ley Orgánica 1/2004, referida a las medidas de protección integral contra la violencia de género, tiene como finalidad actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia⁷⁰⁸.

Desde otra arista, con respecto a la igualdad y la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres, la Ley Orgánica 3/2007 (en lo adelante LOI) establece varios preceptos dirigidos a regular la prohibición de discriminación, entre ellos pueden señalarse los siguientes⁷⁰⁹:

– La Constitución reconoce la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ El capítulo IV de la referida Ley titulado “De las medidas antidiscriminatorias”, establece en el artículo 23 apartado segundo una serie de supuestos que se consideran discriminatorios: a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargado de un servicio público, que, en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad; b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad; c) 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 socio asistenciales, 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; d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad; e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

⁷⁰⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

⁷⁰⁹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23/03/2007).

⁷¹⁰ El artículo 1.1. dispone: “las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular mediante la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualquiera de los ámbitos de la vida, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”.

- Se considera la discriminación directa como aquella en la que podría encontrarse una persona que haya sido tratada de forma diferente o menos favorable por razón de su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable, diferenciándola de la discriminación indirecta a la que concibe como aquella situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ponen a personas de un sexo en desventaja particular respecto al otro⁷¹¹.
- Se contemplan aspectos relativos a la tutela jurisdiccional cuando dispone que, cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho de igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, amparando la ley incluso aquellos casos en los que la relación en la que se configuró la discriminación ya no existe (aplicable sobre todo a casos laborales)⁷¹².
- Se amplía la regulación de la igualdad en el ámbito laboral, estableciendo los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, incluyendo además la previsión del permiso de paternidad⁷¹³.

⁷¹¹ *Vid.* Artículo 6 que establece: “Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. 3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo”.

⁷¹² *Vid.* Artículo 12 de la ley respecto a la tutela judicial efectiva: “1. Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación. 2. La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos. 3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo”.

⁷¹³ En el artículo 44 la ley dispone respecto a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, regulando que 1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio; 2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social; 3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

- Se establecen las obligaciones de las empresas para lograr la igualdad material, recociendo acciones positivas para evitar cualquier forma de discriminación, como la elaboración de planes de igualdad⁷¹⁴.
- Se dispone la obligación de cumplir con los principios de igualdad y no discriminación para quienes suministran bienes o servicios disponibles al público⁷¹⁵. Con esta disposición, la norma citada se limitó a transponer la Directiva 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a los bienes y los servicios y su suministro.
- Se prohíbe que en los contratos de seguros o de servicios financieros se maneje el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, de modo que se puedan generar diferencias; admitiéndose solamente la determinación de las diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones cuando el sexo constituya el factor determinante⁷¹⁶.

⁷¹⁴ El artículo 45 hace alusión a los planes de igualdad reconociendo que “1. Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral; 2. En el caso de las empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral; 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo; 4. Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo; 5. La elaboración e implantación de planes de igualdad será Voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”.

⁷¹⁵ El artículo 69 establece que “1. Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo; 2. Lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo; 3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios”.

⁷¹⁶ El artículo 71 establece que: “Se prohíbe la celebración de contratos de seguros o de servicios financieros afines en los que, al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas; 2. Los costes relacionados con el embarazo y el parto no justificarán diferencias en las primas y

Después del análisis de los principales fundamentos legales de la LOI 3/2007, se puede aseverar que en ella se asume como fundamento axiológico del sistema, el principio universal que rige la materia de género, denominada el *gender mainstreaming* (incorporación de la perspectiva de género), mediante la cual se reconoce la prohibición de discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres de manera transversal⁷¹⁷.

Esta Ley, incorpora la Directiva 2004/113/CE al Derecho interno y supone una ampliación de la aplicación de dicho principio a las relaciones contractuales, entiéndase bienes y servicios puestos a disposición del público en el mercado. Si bien la ley representa un avance en el reconocimiento y protección contra las formas de discriminación, es oportuno señalar que solo se enfoca en la cuestión relativa a la igualdad entre los sexos, es ese su objeto preciso y, por tanto, ella misma no es suficiente para proteger contra todas las formas de discriminación. En cuanto a la discriminación por discapacidad, se puede citar la Ley 26/2011⁷¹⁸.

Esta disposición normativa promueve la igualdad de oportunidades y la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de la discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. En ella se reconoce además, la posibilidad de que el Estado español adopte medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con

prestaciones de las personas consideradas individualmente, sin que puedan autorizarse diferencias al respecto”.

⁷¹⁷ INFANTE RUIZ, Francisco, “La perspectiva de género en el nuevo derecho de los contratos. Luces y sombras del nuevo Derecho antidiscriminatorio”, en TORRES GARCÍA, Teodora (coordinadora), *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.155 y 156.

⁷¹⁸ Esta Ley modifica la Ley 51/2003 de 2 de diciembre sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011).

discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social⁷¹⁹.

Una de las particularidades de esta Ley, es que hace extensiva la prohibición de discriminación tanto al sector público como al privado, al establecer que todas las personas físicas o jurídicas que en cualquier sector, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas⁷²⁰. Lo anterior no afectará la libertad de contratación, siempre y cuando la negativa de realizar el contrato no se base en la discapacidad. En caso de incumplimiento de esta disposición, la persona afectada tendrá derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos⁷²¹.

Por otro lado, el Real Decreto 1/2013, que aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad y de Inclusión Social, establece que el objeto de la misma será garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio efectivo de los derechos de las personas discapacitadas en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la

⁷¹⁹ RIQUELME SALDIVIA, Kirian Sevastián, "Igualdad y personas con discapacidad: retos para la protección efectiva a nivel internacional", *Cuestiones de Interés Jurídico*, Valencia, septiembre 2018, p. 3.

⁷²⁰ *Vid.* Así se establece en el artículo 10: "1. Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de discapacidad. 2. Lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su discapacidad. 3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados, proporcionados y necesarios".

⁷²¹ *Vid.* Artículo 21 "Sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 10 bis sufra una conducta discriminatoria por razón de discapacidad, tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos".

comunidad y la vida independiente, y de la erradicación de toda forma de discriminación⁷²².

La Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece los aspectos relativos a la tutela judicial y protección contra las represalias, reconoce las medidas para reestablecer los derechos vulnerados del perjudicado e incluye la indemnización por daño moral. La ley comentada dispone que los sujetos que hayan sido objeto de discriminación por motivos de discapacidad, están legitimados para solicitar a los tribunales el amparo de su derecho mediante proceso ordinario⁷²³.

En cuanto a la interpretación jurisprudencial y aplicación del principio antidiscriminatorio en la legislación española, se pueden vislumbrar dos etapas. La primera se refiere a la interpretación unitaria del principio antidiscriminatorio y el de igualdad, mientras que la segunda se dirige a reconocer ambos principios al dotarlos de independencia y reconocimiento judicial diferenciado.

La primera de las etapas mencionadas se refleja en la jurisprudencia constitucional, en la que el Tribunal Supremo español interpretó de forma unitaria ambos principios, utilizando expresiones como desigualdad discriminatoria⁷²⁴.

⁷²² "... pese a la desacertada terminología empleada por el constitucionalista de 1978 en la redacción del artículo 49, el legislador español ha sabido interpretar dicho mandato en la línea correcta, cumpliendo con el mandato de "amparar" a este colectivo, configurando un marco normativo que, con los principios Constitucionales a la cabeza (igualdad e inclusión social, así como autonomía), conforma un triángulo que ofrece una cobertura plena a las personas con discapacidad". *Vid.* RIQUELME SALDIVIA, Kirian Sevastián, "Igualdad y personas con discapacidad...", *cit.*, p. 56.

⁷²³ Ley general para la inclusión de las personas con discapacidad, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2011.

⁷²⁴ En esta sentencia, el tribunal arriba al siguiente fallo: No se aprecia, pues, en el caso de Don Julio MARTÍN MOLLÓN, que se haya producido una discriminatoria y arbitraria aplicación de la normativa vigente en cuanto a su jubilación, pues partiendo de un plano de desigualdad de situación en el contexto de toda su carrera militar con respecto a sus compañeros de edad ha sido consecuentemente tratado de forma desigual, requisito este de igualdad de situaciones básico para la correcta invocación y aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución. *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencia 23/1981 de 10 de julio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981). Se presenta, además, ante el Tribunal Constitucional demanda de amparo contra la Sentencia de 7 de abril de 1981, solicitando se declarara su nulidad por violación del artículo 14 de la Constitución y se reconociera expresamente el derecho a que se actualizasen o revisasen los haberes pasivos de los recurrentes, como se reconoció a los demás jubilados que fueron parte en dicho recurso contencioso-administrativo. En ella el tribunal alega que, el ámbito del derecho a la igualdad, reconocido en el art. 14 de la Constitución Española, cuya vulneración se invoca, es el único aspecto que corresponde examinar a este Tribunal en la vía de amparo, conforme al artículo 161 núm. 1 b) de la Constitución española y al artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), resulta procedente

Este período fue superado con la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 128/1987⁷²⁵, a partir de la cual se marca un punto de inflexión en la tutela antidiscriminatoria, al lograr diferenciar la igualdad ante la ley como derecho subjetivo de todos los ciudadanos españoles, y las causas reconocidas en el precepto constitucional como discriminatorias⁷²⁶.

El reconocimiento del principio de no discriminación en el Derecho español asienta sus preceptos en la normativa comunitaria, los tratados internacionales de los que el país es signatario, y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España. El principio antidiscriminatorio es regulado a través de leyes específicas, lo que trae consigo que existan varias definiciones y reconocimiento de un tipo u otro de discriminación según la norma tratada⁷²⁷. A pesar del reconocimiento igualitario que reciben las distintas causas de discriminación, unas resultan más comunes que las otras, lo que ocasiona que se centre la protección en supuestos más usuales como la discriminación por género, sexo o discapacidad, lo que no implica a nuestro juicio la condicionante de superioridad de una causa sobre otra.

contemplar el derecho de las recurrentes a la actualización o revisión de sus haberes pasivos(...) en efecto, el referido artículo 14 de la Constitución es el relativo al Derecho de igualdad jurídica que prohíbe la discriminación o, dicho de otro modo, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. *Vid.* Tribunal Supremo Constitucional español, Sentencia 7/1982, de 26 de febrero, BOE núm. 69, de 22 de marzo de 1982.

⁷²⁵ La Sentencia del Tribunal Constitucional de España 128/1987 del 16 de julio sienta las bases para la diferenciación jurisprudencial del principio de igualdad y el de no discriminación. El demandante interpone recurso de amparo frente a la Sentencia de la Magistratura de Trabajo de Ávila de 11 de noviembre de 1985, por violación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 C.E. (...) El art. 14 de la Constitución viene a establecer, en su primer inciso, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley. Pero, a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos, entre los que se encuentran los derivados del sexo de las personas. Tribunal Supremo Constitucional español, Sentencia 128/1987, de 16 de julio, BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987.

⁷²⁶ DOMÍNGUEZ MORALES, Ana, *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*, editorial Ediciones Cinca, Madrid, España, 2018, p. 215.

⁷²⁷ Lo Convenios internacionales se constituyen como una fuente que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos de cuya tutela se reclama. El Tribunal Constitucional de España establece que el artículo 10.2 de la Constitución española debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 de la Constitución Española, y también de lo regulado en el artículo 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencia 41/2006, de 13 de febrero (BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2006).

Uno de los lastres más pesados que arrastra el ordenamiento jurídico español en materia de protección contra la discriminación es la dispersión normativa, lo cual compromete el necesario enfoque integral que garantice la tutela de esta dimensión de valor de la igualdad. A este último aspecto se dará tratamiento en lo adelante, al abordar la nueva propuesta normativa que pretende terminar con la excesiva variedad de normas aplicables a la discriminación en el ordenamiento español.

3.7.1. Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación en el ordenamiento jurídico español

De acuerdo a las normativas analizadas en lo referente al Derecho antidiscriminatorio, podemos decir, que en España, a pesar de la amplia regulación normativa existente en torno a la prohibición de discriminación, ha existido una dispersión normativa en lo referente a este tema, lo cual ha hecho difícil en algunas ocasiones su adecuada aplicación.

Por tal motivo, el 10 de junio de 2011 el Gobierno presentó el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁷²⁸. El texto del Proyecto constituyó una iniciativa legislativa correspondiente al Gobierno, aprobada en el Consejo de Ministros el 27 de mayo de 2011, a propuesta de la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad. Sin embargo, debido a la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria a nuevas elecciones en el año 2011, no logró ser aprobado.

Afortunadamente, y gracias al esfuerzo legislativo de algunos años, se ha aprobado el “Anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. Su objetivo fundamental es garantizar en España la existencia de una ley que contenga las garantías básicas necesarias para la protección real y efectiva de las víctimas. El anteproyecto pondrá fin a la situación de incompatibilidad del ordenamiento español con la Directiva 2000/43/CE, que fue introducida parcialmente mediante la Ley 62/2003, otorgándoles una protección

⁷²⁸ Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX legislatura.

jurídica general a las causas de discriminación, tal como lo establecen los ordenamientos jurídicos alemán y británico⁷²⁹.

No obstante, el legislador no logra unificar con este Anteproyecto todas las normas que regulan las conductas discriminatorias en España, sino que esta nueva Ley se suma como una más a la normativa existente en esta materia. Lo que si es cierto es que su aprobación constituye el común denominador normativo respecto a las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español. Con ello, parece subyacer una concientización acerca de que, actualmente, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se encuentra precisamente en el reconocimiento de este problema, sino en el logro de la protección real y efectiva de las víctimas en el ámbito jurídico en el que el derecho a la igualdad y la no discriminación no puede ser abordado sólo como una cuestión de minorías, porque son temas que afectan a toda la sociedad.

Sobre el ámbito de aplicación de la Ley, puede decirse que abarca todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, especialmente lo referente al empleo público y privado y trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia; afiliación y participación; educación; sanidad, prestaciones y servicios sociales; acceso a bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda; y medios de comunicación y publicidad.

El Anteproyecto parte del reconocimiento de que el artículo 14 de la Constitución proclama el derecho a la igualdad y la no discriminación, al citar como causas de discriminación conductas rechazables respecto al nacimiento, la raza, el sexo, la religión, además de prohibir la discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social. Se reconoce además la obligación de los poderes públicos de

⁷²⁹ AGUILERA RULL, Ariadna, "El Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Revista InDret*, No. 3, 2011, p. 4.

promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra, sea real y efectiva⁷³⁰.

Conforme lo establece el Anteproyecto, la no discriminación se constituye como complemento del derecho a la igualdad, constituyéndose en una garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas, respondiendo así a las tendencias analizadas al reconocer la individualidad de cada uno de los principios.

El Título I de la Ley contiene, en el capítulo I, una parte básica de definiciones acordes con los avances doctrinales y jurisprudenciales en la materia, específicamente en el artículo 1 delimita el ámbito de aplicación de la Ley y reconoce que parte de los preceptos regulados en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución española abarcan no solo el sector público, sino el privado, cuando establece que la ley prevé medidas destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en los sectores público y privado.

Se dispone, además, que las obligaciones establecidas en la presente Ley se aplicarán a todas las Administraciones Públicas y los organismos y entidades, de ellas dependientes, así como a las personas físicas o jurídicas de carácter privado que residan, se encuentren o actúen en territorio español, con independencia de su nacionalidad, domicilio o residencia, en los términos y con el alcance que se contemplan en la presente Ley y en el resto del ordenamiento jurídico (*Vid.* artículo 2, numeral 5).

El anteproyecto no se limita a reconocer las causas de discriminación, sino que enuncia las formas que adoptan las diferentes conductas discriminatorias, dígase discriminación directa e indirecta (*Vid.* artículo 5). Además, incorpora por primera vez otras definiciones de discriminación, como por ejemplo la discriminación por asociación, discriminación por error (*Vid.* artículo 6); y la discriminación múltiple (*Vid.* Artículo 7). De las dos últimas, novedoso resulta el

⁷³⁰ *Vid.* artículo 9 del Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación que establece: “Es discriminatoria toda inducción, orden o instrucción de discriminar por cualquiera de las causas establecidas en esta Ley”.

reconocimiento que hace la ley, pues hasta el momento habían sido poco abordadas, aunque en la práctica se producen con frecuencia⁷³¹.

El texto también reconoce las llamadas represalias, con lo cual se logra alcanzar una mayor protección para aquellas personas que han sido discriminadas y deciden acudir al poder judicial para exigir que se les reconozcan los derechos consagrados en el artículo 14 de la Constitución. Las represalias son definidas como aquel trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo, o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto (*Vid.* Artículo 10)⁷³².

Es importante destacar la definición y regulación de las medidas de acción positivas adecuadas para prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación en su dimensión colectiva o social, las cuales serán aplicadas siempre que subsistan las situaciones de discriminación que las justifican (*Vid.* artículo 11).

Respecto a la aplicación de la prohibición de discriminación en las relaciones entre particulares, el Proyecto pone fin a las discusiones sobre su reconocimiento

⁷³¹ El artículo 6 del Anteproyecto establece en su primer apartado que existe discriminación por asociación cuando una persona, debido a su relación con otra sobre la que concurra una de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley, es objeto de un trato discriminatorio; y, en su segundo apartado define la discriminación por error como aquella que se funda en una apreciación incorrecta sobre las características de la persona discriminada. Seguidamente en el artículo 7 reconoce la discriminación múltiple como aquella que tiene lugar cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación. 2. En supuestos de discriminación múltiple, la justificación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del artículo 4, debe darse en relación con cada una de sus causas. 3. Igualmente, en supuestos de discriminación múltiple las medidas de acción positiva contempladas en el artículo 11 de esta Ley, deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación. De igual forma se había establecido en el Proyecto de Ley. *Vid.* GARCÍA RUBIO, María Paz, “La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el Derecho de contratos (Análisis del Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE), en *Diario La Ley*, No. 6602, Barcelona, 2006, pp. 1657-1667.

⁷³² El artículo 10 del Proyecto establece: “A los efectos de esta Ley se entiende por represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto”.

en el ámbito privado. En este orden, reconoce la prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda en el artículo 19 cuando establece: “Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, garantizarán que las políticas de vivienda respeten el derecho a la igualdad de trato y prevengan la discriminación por cualquiera de las causas previstas en la presente Ley”. Específicamente prohíben rehusar una oferta de compra o arrendamiento, o el inicio de las negociaciones por cualquiera de las causas de discriminación previstas en la presente ley, cuando se hubiere realizado una oferta pública de venta o arrendamiento; y prohíben de igual forma discriminar a una persona en cuanto a los términos o condiciones de la venta o arrendamiento de una vivienda con fundamento en las referidas causas.

Seguidamente, prohíbe la discriminación en la oferta pública de bienes y servicios en el artículo 20 cuando expresa: las entidades, empresas o particulares que ofrezcan al público bienes y servicios de consumo, tales como servicios financieros, de transporte, formación, ocio o similares, no podrán discriminar en su acceso a los mismos por las causas mencionadas en el artículo segundo de la presente Ley.

Y, por último, en el artículo 21 se prohíben los criterios y prácticas sobre admisión de las personas a establecimientos o espacios abiertos al público, espectáculos públicos o actividades recreativas, los cuales deberán garantizar la ausencia de cualquier forma de discriminación por las causales previstas en la propia Ley. Además de ello, no solo prohíbe la discriminación en el acceso a estos establecimientos, sino que también comprende la permanencia en los mismos, así como el uso y disfrute de los servicios que se presten en ellos.

En el título segundo dedicado a la “Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”, se reconoce entre otras cuestiones, la nulidad de pleno derecho como garantía del derecho a la igualdad de trato y no discriminación para aquellas disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por alguno de los motivos

previstos en el apartado primero del artículo 2 de la presente ley (*Vid.* artículo 23)⁷³³.

De igual forma, resulta una novedad el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial en el artículo 25 para aquella persona que cause discriminación y la existencia del daño moral si se acredita la discriminación⁷³⁴.

En cuanto a la tutela judicial, el Anteproyecto reconoce la adopción de todas las medidas necesarias para lograr el cese inmediato de la acción discriminatoria. Además, como elemento importante, pretende actuar con reglas concretas en la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados, y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho (*Vid.* artículo 26).

Un espacio también se dedica al establecimiento de las reglas relativas a la carga de la prueba, en el que se establece que le corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria, la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente acreditada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (*Vid.* artículo 28). Por otro lado, se prevé la designación por el Fiscal General de un Fiscal de Sala para promover y coordinar las actuaciones penales en este ámbito, así como fomentar la formación especializada (*Vid.* artículo 30).

Seguidamente, en el capítulo II dedicado a la “Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva”, se establece un mandato para los poderes públicos de adoptar medidas de acción positiva en

⁷³³ *Vid.* El artículo 23 del Proyecto establece: “Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan, causen o puedan causar discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo dos de esta Ley”.

⁷³⁴ El artículo 25 del Proyecto de ley regula la responsabilidad patrimonial originada en el incumplimiento de la prohibición de discriminar, estableciendo que “1. La persona que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo dos de esta Ley responderá del daño causado. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. 2. Serán igualmente responsables del daño causado las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones previstas en el apartado primero del artículo 23”.

razón de cualquiera de las causas establecidas en esta Ley, que permitan impulsar políticas de fomento de la igualdad de trato en las relaciones entre particulares (*Vid.* artículo 31). De allí que se establezca una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación como el instrumento principal de colaboración territorial para el impulso, desarrollo y coordinación de las políticas y los objetivos generales establecidos en la Ley (*Vid.* artículo 32).

No puede dejar de mencionarse que en el título III se establece una de las mayores novedades del Anteproyecto: la creación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, como autoridad independiente encargada de proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación de las personas, tanto en el sector público como en el privado (*Vid.* artículo 37). Su principal objetivo será ofrecer protección frente a la discriminación y promover el cumplimiento del derecho antidiscriminatorio.

El Título IV de la Ley recoge el régimen de “Infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación”, una exigencia de la trasposición de las directivas antidiscriminatorias. Este título tiene por objeto definir las conductas que constituyen cada infracción, y de acuerdo a ello, se establece el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación. En este caso, las infracciones se calificarán como leves, graves o muy graves (*Vid.* artículo 43).

De igual forma, se establecen para esas infracciones sanciones de multas que oscilarán desde un mínimo de 150 euros, hasta un máximo de 500.000 euros, de acuerdo con la graduación de las sanciones que se establecen en el propio artículo (*Vid.* artículo 44).

Finalmente, el Anteproyecto establece los criterios para la graduación de las sanciones con el objetivo de que estas guarden la debida adecuación y proporcionalidad con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción (*Vid.* artículo 45). Se establecen además las sanciones accesorias y la sustitución de sanciones que podrán imponerse cuando las infracciones sean muy graves y los hechos sancionados tengan una relevancia extraordinaria, además de la multa

que proceda (*Vid.* artículo 46); y por último, las reglas de competencia para tramitar los procedimientos sancionadores (*Vid.* artículo 47).

De lo anterior se puede concluir que el citado Anteproyecto aparece en España como una vía para regular de forma unitaria las causales de discriminación reconocidas en el artículo 14 de la Constitución española, agregando otras como la discriminación por asociación y la discriminación múltiple. Por ello, se dirige a regular un derecho antidiscriminatorio específico, que no sólo reconocerá las discriminaciones incluidas en la Carta magna, sino que se ha instituido como respuesta efectiva ante nuevas causales de discriminación.

Cabe indicar, teniendo en cuenta lo analizado, que la aprobación definitiva de la Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación en el ordenamiento jurídico español, se convertirá, sin lugar a dudas, en el colofón de la evolución normativa del principio antidiscriminatorio, el que ha sufrido importantes transformaciones de conformidad con los pronunciamientos de la Comunidad Europea y las Directivas implementadas en el ordenamiento jurídico interno. Su aplicación se enmarcará en la búsqueda de una protección más amplia y eficaz para abordar los retos de la sociedad española ante las necesidades de integración ciudadana y el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Vale la pena señalar que el marco de aplicación no sólo se circunscribirá al ámbito público, sino que cierra las puertas a las discusiones respecto a la prohibición de discriminación en las relaciones entre particulares, estableciendo que la aplicación del principio antidiscriminatorio constituye el fundamento que justifica las limitaciones en las que puedan verse implicadas las partes. El reconocimiento de la prohibición de discriminación en las relaciones entre particulares conlleva a la justificación de la limitación de la autonomía privada, alegando que primará el interés colectivo del grupo vulnerado, sobre los intereses individuales de los contratantes.

La nueva ley permitirá subsanar las carencias contenidas en la Ley Orgánica 3/2007 en cuanto a la aplicación de la prohibición de discriminación, la que se limita a reproducir el texto, un tanto abierto, de la Directiva 2004/113 por la que

se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Con ello, se pretende situar a España entre los Estados que cuentan con las normativas e instrumentos más eficaces y avanzados en el tema de la igualdad de trato y la no discriminación, convirtiéndose así en la norma más importante que regulará todos los aspectos del derecho antidiscriminatorio, complementando así todas las que actualmente existen. Por consiguiente, esta disposición normativa no busca suplir o desplazar las regulaciones existentes, sino que su principal objetivo es abordar todas las formas de discriminación en un instrumento único para que sea aplicado de forma armónica e integral con el propósito de erradicar las prácticas discriminatorias que aún persisten en la sociedad.

3.8. El valor de la prueba en la defensa judicial de la no discriminación

La prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos en los casos de discriminación. Las pruebas presentadas inciden directamente en el resultado del proceso, de ahí la importancia de que se establezca la forma o vía más efectiva para proteger los derechos de las personas objeto de discriminación.

El derecho a la prueba es aquél que poseen las partes del proceso en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso⁷³⁵. En efecto, el derecho a la prueba comienza fundamentado por un poder abstracto que corresponde a las partes, y ese derecho nace por la propia condición de parte procesal, y justo antes de que actúen los criterios procesales de admisibilidad. Por ello, le corresponde a los litigantes realizar la aportación de las pruebas y al tribunal valorarlas⁷³⁶.

⁷³⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, "La protección del derecho a la prueba en el proceso penal", en *Relación Jurídica Civil*, No. 4, Madrid, 1993, pp. 18 y 19.

⁷³⁶ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed., Thomson – Civitas – Aranzadi S.A., Navarra, 2005, pp. 99 y 100.

Ahora bien, una cosa es tener derecho a probar y otra es tener que probar las afirmaciones que se realizan durante la sustanciación de cualquier proceso, lo cual tiene importantes implicaciones para el juzgador. De tal modo, la carga de la prueba se presenta como la noción o la teoría de las consecuencias de la falta de prueba, que se muestra como una regla de juicio para el tribunal y como una regla de conducta para las partes⁷³⁷.

Como regla de juicio para el tribunal, la carga de la prueba les indica a los jueces qué hacer, que consecuencias jurídicas se derivan de la ausencia de pruebas de un hecho alegado. Por tanto, ella muestra o permite identificar cuál sujeto habrá de experimentar los efectos de la falta de prueba de una afirmación de hecho⁷³⁸.

Como regla de conducta de las partes, la noción permite, en la fase de prueba, que aquellas sepan a quién corresponde probar las afirmaciones de hecho realizadas en la etapa de alegaciones, si no quieren que se produzca la consecuencia de la falta de prueba, a cargo de los jueces. Elemento que bien aplicado, es decisivo para la adecuada solución de los litigios, salvo que medien cuestiones de interés público que exijan, agotar de oficio, las posibilidades de esclarecer el conflicto⁷³⁹.

La carga dinámica de la prueba puede ser aplicada en aquellas situaciones en que el juez tenga conflictos para brindar una solución por falta de prueba, cuyo objetivo es resolver los estados de indefensión que se producen por la aplicación estricta de las reglas sobre la carga de la prueba⁷⁴⁰.

Al corresponderle a las partes la responsabilidad de presentar las pruebas, se entenderá que sobre ellas pesa una carga probatoria, la que le corresponderá a una u otra parte, dependiendo del ordenamiento jurídico que se trate y el tipo de proceso. En los casos en los que existe discriminación y la carga probatoria pese

⁷³⁷ ROSENBERG, L., *Tratado de derecho procesal civil*, tomo II, Buenos Aires, 1955, p. 352.

⁷³⁸ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso...*, cit., p. 113.

⁷³⁹ *Ídem*, pp. 14 y 15.

⁷⁴⁰ GILL, Ayllen, "Cargas probatorias dinámicas una solución ante la dificultad probatoria", en *Ius Novum*, No. 3, S.L., Valparaíso, 2010, pp. 43 y 44.

sobre el demandante, es pertinente analizar si puede aplicarse la inversión de la carga de la prueba⁷⁴¹.

Al respecto, la tradición en materia probatoria estuvo asociada siempre a la idea de quien realizaba las alegaciones, tenía a su cargo la prueba de las afirmaciones. Los últimos 100 años han provocado grandes cambios, en especial en materia de exigencia de la responsabilidad. La aparición de la llamada sociedad del riesgo, que es la que actualmente vivimos ha permitido el amplio desarrollo de la responsabilidad objetiva o sin culpa, en la que la sola existencia del daño genera el deber de reparar o indemnizar. De este modo los sistemas jurídicos que han acogido la doctrina del riesgo han excluido la culpa como elemento exigible para acreditar la responsabilidad. Sin embargo, los ordenamientos que aún se mantienen en el marco de un sistema de responsabilidad subjetiva o con culpa, han optado por un mecanismo que, si bien no es objetivo, marca la senda de la aceptación de este⁷⁴².

De tal manera, para determinar la responsabilidad de un sujeto que ha ocasionado daños o perjuicios a otro no se requiere que la víctima del perjuicio demuestre el dolo o la culpa, de conjunto con la conducta que ha generado la afectación, sino que corresponde al agente comisor demostrar las causas o excusas que le eximen de responsabilidad. Con lo cual se produce el llamado efecto de la inversión de la carga de la prueba⁷⁴³.

En materia de igualdad y principio antidiscriminatorio, la inversión de la carga de la prueba se convierte en una garantía procedimental ajustada por analogía, toda vez que los motivos que generaron su aplicación a supuestos de responsabilidad civil estaba asociada al hecho de los sujetos que creaban los riesgos y los daños posibles a reparar, eran también quienes contaban con los recursos suficientes para demostrar su inocencia, no así para las víctimas que normalmente se

⁷⁴¹ KHEDAYÁN, Eugenia, "La carga de la prueba de la discriminación laboral en el derecho argentino y la influencia de la jurisprudencia española", en *Revista Trabajo y Seguridad Social*, No. 4, Madrid, 2011, p. 44.

⁷⁴² DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pp. 140 – 143.

⁷⁴³ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso...*, cit., p. 127 y 128.

encuentran en desventaja o en situación de debilidad jurídica. Cosa que se plantea muy parecida en los casos donde se manifiesta discriminación⁷⁴⁴.

Además, la discriminación y la lesión de derechos fundamentales son conductas de gran variedad teórica y práctica, lo que permite hablar de conductas polimorfas, que no responden a un paradigma o patrón común que pueda fácilmente evidenciarse. Unido a esto, son conductas habitualmente enmascaradas en una apariencia de legitimidad, o, dicho en otros términos, se trata de conductas que nunca se presentarán como tales, salvo supuestos extremos, sino enmascaradas y ocultas⁷⁴⁵. Cuestión que aconseja, de manera muy marcada, la aplicación de esta garantía antes aludida como una forma de propender al equilibrio e igualdad dentro del proceso⁷⁴⁶.

Al respecto es posible apreciar el efecto de la inversión de la carga de la prueba, para restablecer el equilibrio o igualdad entre las partes al amparo de los criterios que doctrina y jurisprudencia han difundido en el ámbito del Derecho Laboral y que muy atinadamente pueden ser aplicados a los casos de discriminación. A tales efectos, dichos criterios se fundan en los desequilibrios económicos, subjetivos y probatorios que se producen entre las partes. El primero, el económico, se fundamenta en la idea de que el trabajador busca satisfacer la propia subsistencia y la de su familia, alimentación, vestido, calzado, vivienda; mientras que el empleador interesa una posible disminución de su patrimonio cuanto más. Además, en este rubro están directamente involucrados los relevantes aspectos del acceso a la información y al asesoramiento adecuado para enfrentar el conflicto.

El segundo de los factores o criterios que afectan la aplicación de la prueba en sentido tradicional, es el subjetivo. Al respecto, se enfoca el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y la toma de decisiones sobre el destino del conflicto. En este caso, mientras el empleador puede actuar con entera

⁷⁴⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, "Prueba y proceso laboral", en *Derecho Privado y Constitución*, No. 4, Madrid, 1994, p. 217.

⁷⁴⁵ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 344

⁷⁴⁶ HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo, "La inversión de la carga de la prueba: ¿Manifestación del *in dubio prop operario*?", en *Revista Thémis*, No. 18, 1991, pp. 41-45.

libertad, el empleado obra condicionado por la relación de trabajo y por la naturaleza de sus reclamaciones, que responden a la propia subsistencia.

Por último, la referida al ámbito probatorio plantea una notoria desigualdad, pues la sede donde el empleado labora es de donde debe obtener la prueba de su afirmación, la cual suele resultarle hostil porque está bajo control del empleador. De este modo, el empleador se encuentra en una posición de privilegio que el tribunal que conoce el proceso no puede obviar⁷⁴⁷.

Importantes avances se han experimentado en el panorama normativo antidiscriminatorio europeo, donde se produjo la aprobación de la Directiva 97/80 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Este texto, aunque no definió específicamente lo que se entiende por discriminación directa, si conceptuó por primera vez la discriminación indirecta⁷⁴⁸. En esta Directiva se estableció la obligación de los Estados miembros a introducir en sus legislaciones el mecanismo de inversión de la carga de la prueba, de tal manera que ante hechos que permitan presumir la presencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha existido vulneración del principio de igualdad de trato⁷⁴⁹.

Por otra parte, con el propósito de fomentar el diálogo y la cooperación, la Directiva contempla que cada Estado podrá designar uno o más organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato en todas las personas sin discriminación por razón de sexo. Además, la Directiva contempla la obligación del empresariado de presentar con

⁷⁴⁷ CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción. Especialidades en los procesos de discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo*, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2019, p. 43.

⁷⁴⁸ El artículo 4 de la Directiva 97/80/CE establece que “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas para que, cuando una persona se considere perjudicada por la no aplicación, a lo que ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”. *Vid.* Directiva 97/80/CE del parlamento europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de género.

⁷⁴⁹ Así lo establece el artículo 4.1 de la mencionada Directiva 97/80/CE.

una periodicidad adecuada a todo el personal de la empresa, ofreciendo con ello una información exhaustiva y objetiva sobre la igualdad de trato en la empresa.

La Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, reconoce la posibilidad que la carga de la prueba en los casos de discriminación recaiga sobre la parte demandada, debiendo demostrar esta que no existe discriminación directa, ni indirecta⁷⁵⁰. En igual sentido se pronuncia la Directiva 2004/113/CE, en la que se reconoce también que el demandado deberá probar los hechos cuando el asunto verse sobre un supuesto de vulneración de la igualdad de trato⁷⁵¹.

Por último, la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, establece que la adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene gran importancia para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato.

En relación a ello, como sostiene el Tribunal de Justicia Europeo⁷⁵², deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando, a primera vista, haya un caso de discriminación,

⁷⁵⁰ El artículo 8 de la Directiva refiere: “1. Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. 2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante. 3. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los procedimientos penales. 4. Lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 se aplicará asimismo a todo procedimiento tramitado de conformidad con el apartado 2 del artículo 7. 5. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar lo dispuesto en el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente”.

⁷⁵¹ El artículo 9 de la Directiva regula que: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que, cuando una persona se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato aduzca, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de la discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

⁷⁵² *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia de 1 de marzo de 2011, en el asunto C-236/09 (*Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des ministres*).

excepto en relación con los procedimientos en que sea el Tribunal o el órgano nacional competente quien deba instruir los hechos. Se reconoce la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan en todas las fases de los procedimientos, un régimen probatorio que resulte más favorable a la parte demandante.

En España, el Real Decreto 1/2013, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social⁷⁵³, se contemplan previsiones especiales para aquellos procesos jurisdiccionales en que, de las alegaciones de la parte actora, se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad estableciendo, al igual que la legislación analizada con anterioridad, que la carga de probar la ausencia de discriminación le corresponderá al demandado⁷⁵⁴. Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por motivo o por razón de discapacidad, el Juez o el Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

En cuanto al tratamiento de la Directiva 2006/54/CE por los Estados miembros, la legislación española establece la Ley de Procedimiento 62 de 2003⁷⁵⁵, la que regula que en aquellos procesos en los que se deduzca indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, orientación sexual, edad o discapacidad, le corresponderá al demandado la justificación razonable y objetiva de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. De acuerdo con esta disposición, se colige que será facultad del tribunal introducir en todas las fases de los procedimientos, un régimen probatorio que resulte más favorable a la parte demandante, potestad que también es reconocida en la propia Directiva.

⁷⁵³ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289 de 3 de diciembre de 2013). Esta norma se dicta en aplicación de lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁷⁵⁴ *Vid.* artículo 77.1 de la Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social en España.

⁷⁵⁵ Ley de Procedimiento 62 de 2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2003).

La ley comentada establece que, en aquellos procesos del orden civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que, de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación, corresponderá al demandado la aportación de pruebas que demuestren que las medidas adoptadas son razonables, justificadas y proporcionadas, y que en ningún caso constituirán causal de discriminación.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007 (en lo adelante LOI)⁷⁵⁶, reconoce la inversión de la carga de la prueba en los procesos de discriminación, al establecer que en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad, aclarando que no será de aplicación a los procesos penales⁷⁵⁷.

La razón en la que se basa la mencionada ley para admitir la inversión de carga probatoria es bien sencilla y se encuentra amparada en que, en los casos de discriminación, la prueba determinante del hecho constitutivo de la violación puede resultar difícil para la parte que ocupa la posición activa, tal y como se ha señalado anteriormente. Este reconocimiento establecido en la ley, conlleva a la regulación procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil española (en lo adelante LEC), disponiendo que en los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad⁷⁵⁸. Por consiguiente, en este tipo de proceso, la demandante no es la que tiene la carga de probar la existencia de la discriminación, siendo, por tanto, la parte demandada la que deberá demostrar

⁷⁵⁶ Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

⁷⁵⁷ Vid. artículo 13: "1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales".

⁷⁵⁸ Vid. artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000).

la ausencia de discriminación; evitándose con ello cargas probatorias excesivas⁷⁵⁹.

La LEC establece en su artículo 217.5 la regulación sobre la carga de la prueba, resultado de la transposición de la Directiva 2002/73/CE y de la LOI. De la interpretación de lo dispuesto se puede colegir que la ley pretende relevar al actor de todo esfuerzo de acreditación de la conducta discriminatoria, bastando que se alegue su existencia.

Sin embargo, el legislador español solo circunscribe la discriminación por razón de sexo, dejando fuera las otras causas previstas en el artículo 14 de la Constitución española⁷⁶⁰. La solución hermenéutica para superar los inconvenientes de la literalidad del precepto legal se encuentra en el propio texto, al referir que la inversión de la regla probatoria tendrá lugar de acuerdo con las leyes procesales. Consecuentemente, si se considera este supuesto, el tribunal podrá tener la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del proceso, teniendo por facultad la de atribuir o no al demandado la carga de probar el carácter no discriminatorio.

Si bien la posible solución, reconocida en el apartado 5 del artículo 217 de la LEC, pudiera representar una herramienta para que el tribunal pueda atribuir la carga probatoria al demandado cuando lo estime conveniente, el texto sólo hace alusión expresa a los casos de discriminación por razón de sexo, constituyendo un soslayo a las otras causales reconocidas en el artículo 14 de la Constitución española.

En los procesos de discriminación, la prueba adquiere una significación mayor por el objeto del proceso, por tanto, el derecho a la prueba se fundamenta por el poder abstracto de las partes al proponerlas, en tanto el derecho nace por la propia condición de parte procesal. En los casos de discriminación en los que se aplique el supuesto reconocido en el mencionado artículo, estaríamos hablando de una modificación en el *tema probandi*.

⁷⁵⁹ MONTERO AROCA, Juan y María Pía, CALDERÓN CUADRADO, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, 34ª Edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 510.

⁷⁶⁰ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Discriminación y carga de la prueba... cit.*, p. 104.

En el caso de Ecuador, la carga de la prueba recae sobre el actor o persona que alega o reclama un derecho, así se expresa en el Código Orgánico General de Procesos, en lo adelante (COGEP)⁷⁶¹, en el que además, el actor es el encargado de probar sus afirmaciones, y el juez es el encargado de acreditar dichas pruebas⁷⁶². Por consiguiente, la persona que ha sido discriminada deberá presentar la demanda y además las pruebas en las que fundamenta su pretensión, encontrándose en un estado de indefensión, al otorgársele una carga probatoria excesiva.

En materia laboral, se suma a lo anteriormente explicado, que la carga probatoria en principio recaerá sobre el empleado, que se enfrenta a los avatares de determinar la existencia de la discriminación. Además, encara a su empleador, quien cuenta con un mayor dominio sobre las fuentes de prueba de las que depende el éxito de la pretensión del trabajador. Con excepción de los casos de despido intempestivo por embarazo, enfermedad o actividad sindical, en la que no es preciso demostrar que la separación se produjo por causas discriminatorias, sino únicamente que el empleador conocía de la existencia de una de las circunstancias señaladas, en las restantes habrá de someterse a la difícil tarea probatoria⁷⁶³.

Punto que es muy cuestionable en este campo, pues al trabajador solo debería corresponderle la prueba de la existencia de la relación laboral, mientras que al

⁷⁶¹ Código Orgánico General de Procesos, Aprobado por la Asamblea Nacional publicado en el Suplemento del Registro Oficial, Año 2, No. 506, 12 de mayo de 2015, Quito.

⁷⁶² El artículo 169 del COGEP establece: “Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar. En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima. En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado. También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley”.

⁷⁶³ LANAS MEDINA, Elisa, “La prueba en demandas laborales por discriminación”, *Foro – Revista de Derecho*, No. 14, julio – diciembre 2010, pp. 82 - 84.

empleador le correspondería probar que ha cumplido con las obligaciones laborales para con el trabajador. De esta manera, este último no tendría la obligación de comprobar que no le han solucionado las remuneraciones y prestaciones a que tiene derecho. Lo que constituiría una inversión de la carga de la prueba, pues al negar su incumplimiento deberá justificar que ha cumplido con aquellas⁷⁶⁴.

La jurisprudencia ecuatoriana no ha estado ajena a estos particulares. Ya desde 1956 estimó la posibilidad y la necesidad de la inversión de la carga de la prueba al afirmar que en “(...) la relación de trabajo entre el actor y el demandado, correspondía a este comprobar el pago de los sueldos reclamados por aquel, lo cual no lo ha hecho...por lo que aceptándose la demanda se condena al patrono al pago reclamado de remuneraciones”⁷⁶⁵.

Este importante precedente permite sentar las bases para un cambio en la forma de entender la carga de la prueba en cada tipo de proceso, en especial aquellos donde los demandantes o partes activas están a merced de los factores económicos, subjetivos o probatorios aludidos anteriormente, los cuales afectan el equilibrio e igualdad de la relación procesal y, por consiguiente, la realización de la justicia. Tales consideraciones resultan vitales en materia de discriminación. Máxime si se valoriza adecuadamente la condición de los sujetos que son afectados por este tipo de conductas o procederles lesivos de la dignidad humana.

Teniendo en cuenta la complejidad de probar actos de discriminación y atendiendo a que el derecho a la no discriminación, además de estar garantizado por normas constitucionales forma parte del *iuscogens*, cuando el trabajador se siente discriminado, resulta perentoria la modificación de las reglas de la carga de la prueba⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ ACOSTA DE LOOR, Diana, *Principios y Peculiaridades Fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo*, editorial Edino, Quito, 2008, p. 64.

⁷⁶⁵ JARAMILLO PÉREZ, Luis, *Jurisprudencia de los Conflictos Individuales de Trabajo*, tomo II editorial Universitaria, Quito, 1959, p. 196.

⁷⁶⁶ LANAS MEDINA, Elisa, *La prueba en demandas laborales...*, *cit.*, 84.

Al respecto, se ha señalado que no existe solo una técnica de aligeramiento probatorio, sino varias modalidades que sirven al objetivo de facilitar la posición probatoria disminuyendo el esfuerzo probatorio del trabajador denunciante, atemperando el efecto de que corresponde probar un hecho a quien lo alega, carga de la prueba formal, o modificando en otros, la circunstancia de que el costo por la falta de certeza plena en la acreditación de un hecho debe soportarlo aquel que lo afirma, carga de la prueba material⁷⁶⁷.

En este sentido, en la práctica judicial y en la previsión del legislador ecuatorianos, el aligeramiento de la carga de la prueba para el demandante, en los casos de discriminación, debe conducir a la inversión de la carga de la prueba en beneficio del trabajador cuando los medios de prueba pertenezcan o estén en poder del empresario y el trabajador no tenga otra forma de probar los hechos de cuya prueba depende el éxito de la pretensión⁷⁶⁸.

Por tales razones, para el resto de los supuestos de discriminación amparados por el artículo 11.2 de la Constitución de Ecuador, el ejercicio de la acción probatoria, si bien hoy puede convertirse en un problema, debe ampliar sus derroteros con amparo en el último párrafo del artículo 169 del COGEP, cuando dispone: “también serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley”.

Claro que no resulta sencillo emprender ese camino en territorio tan complicado, pero el contenido mínimo de los derechos a la igualdad y no discriminación implican un trabajo jurisprudencial y normativo que tenga en cuenta los aspectos, fines y requisitos de esta garantía procedimental.

Consideraciones intermedias

La no discriminación es el derecho constitucional que tiene toda persona a no ser tratado de modo diferente o desfavorable con respecto de otra. Se entiende

⁷⁶⁷ UGARTE, José Luis, “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, *Revista de Derecho de la Pontificia universidad católica de Valparaíso*, XXXIII, Valparaíso, julio – diciembre 2009, p. 218.

⁷⁶⁸ LANAS MEDINA, Elisa, LANAS MEDINA, Elisa, La prueba en demandas laborales...”, *cit.*, 84.

por discriminación aquella preferencia, distinción, exclusión o limitación que se realiza con intención o sin ella, con el objetivo de restringir o vulnerar el goce o ejercicio de los derechos fundamentales, asociado a criterios descalificatorios que tienen como consecuencia un trato diferenciador injustificado, cuando se basa en criterios como la raza, la nacionalidad, el género, la condición migratoria, entre otros. No toda desigualdad por alguna de las causas antes enunciadas pueden considerarse discriminatorias, sino solo aquellas que no se justifiquen de forma legítima y como medio para alcanzarla.

El reconocimiento normativo del principio de no discriminación es lo que se ha caracterizado como Derecho antidiscriminatorio, mediante el cual se establecen un conjunto de disposiciones y principios legales con el objetivo de garantizar la igualdad de las personas, y la lucha constante por erradicar aquellas situaciones de desventaja que enfrenta determinado grupo o sector social propenso a ser discriminado. De allí que las situaciones discriminatorias solo son significativas para ser reguladas por el Derecho antidiscriminatorio cuando afecta a un colectivo o grupos de personas que, por sus características, se convierten en víctimas de la discriminación.

La distinción entre las distintas formas de discriminación conlleva a una aproximación y concepción más amplia de los supuestos discriminatorios. Si bien, los tipos más conocidos y abordados son la discriminación directa e indirecta, el resto de las clases analizadas poseen igual importancia para alcanzar la protección de las personas o grupos vulnerables. De allí que su estudio doctrinal e inclusión normativa no deben ser obviados, y requieren mayor impulso a causa del escaso tratamiento que tienen sus preceptos.

Para ello, los diferentes ordenamientos jurídicos han implementado las acciones positivas como mecanismo jurídico para garantizar la igualdad y la no discriminación, medidas que tienen como objetivo primordial eliminar el tratamiento desfavorable para lograr la denominada igualdad sustancial, real o efectiva.

Desde un enfoque comparativo, puede afirmarse que la Unión Europea constituye la organización internacional que va al frente en la lucha

antidiscriminatoria con la aprobación y puesta en práctica, desde hace algunos años, de un importante número de normativas vinculantes, como por ejemplo las Directivas comunitarias antidiscriminatorias, las que han servido de base a la regulación normativa existente actualmente en Alemania y España en la lucha contra la discriminación, máximos referentes normativos tomados como paradigmas para el desarrollo de esta investigación.

CAPÍTULO IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA NO DISCRIMINACIÓN EN ECUADOR, SU PROYECCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

La Constitución de la República de Ecuador consagra entre sus principios la equidad y la igualdad. En consecuencia, no tolera la discriminación bajo ninguna forma o tipo, ya que estos se erigen como pilares axiológicos en aras de lograr una sociedad en la que prime la igualdad de oportunidades, la participación equitativa y la eliminación de todas las formas y prácticas discriminatorias.

El reconocimiento de la prohibición de discriminación, constituye una premisa del Estado para garantizar la seguridad de todos los ciudadanos en el pleno goce de sus derechos, a través de mecanismos integrados que disminuyan los actos discriminatorios. De esta forma, la no discriminación se proyecta hacia un grupo importante de derechos constitucionales.

En consonancia, este capítulo se propone realizar un análisis crítico del tratamiento teórico, normativo y jurisprudencial, de los diferentes motivos de discriminación. Para ello, se procura una visión integral y práctica a partir del estudio de los casos más relevantes sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación tramitados por la Defensoría del Pueblo⁷⁶⁹ y la Corte Constitucional de Ecuador durante el período 2009 al 2020⁷⁷⁰.

En lo concerniente a la dimensión jurisprudencial, se destaca el contenido del derecho a la no discriminación presente en las sentencias constitucionales desde una perspectiva general, de las cuales pudieran extraerse pautas teóricas

⁷⁶⁹ La Defensoría del Pueblo en Ecuador pertenece a la Función de Transparencia y Control Social como un órgano de Derecho Público, que actualmente tiene jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera, cuya función principal es la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país, además de ser acreditado como Institución Nacional de Derechos Humanos (INDH) con categoría A, por parte de las Naciones Unidas y conforme a los Principios de París. *Vid.* artículos 204, 214 y 215 de la Constitución de Ecuador y Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos. Asamblea General (Resolución A/RES/48/134 el 20 de diciembre de 1993).

⁷⁷⁰ Merece destacarse en este momento que se escoge este período amplio de 10 años para abarcar la mayor cantidad de supuestos de discriminación ocurridos en el Ecuador con respecto a las diferentes clases o motivos discriminatorios reconocidos por la normativa jurídica ecuatoriana.

aplicables (con las modulaciones respectivas) también a las relaciones entre particulares. Ello debido a la prácticamente inexistente jurisprudencia en materia del derecho a la no discriminación aplicada al ámbito contractual, lo que ha constituido, sin lugar a dudas, un límite a esta investigación.

4.1. Protección jurídica a la no discriminación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En medio de un proceso de fuertes luchas sociales que trajeron cambios políticos de clara tendencia conservadora, el Ecuador promulgó la Constitución de 1998⁷⁷¹, la última Carta Magna del siglo XX en el país. Ella fue el resultado de la pugna por el poder entre movimientos sociales y los sectores económicos dominantes, los que, como vencedores de la contienda, hicieron reflejar en la norma la ideología neoliberal y la minimización del Estado en las tareas económicas de la nación. Sin embargo, debe también reconocerse que, a la vez que el texto fue arcaico en la forma de organización de la institucionalidad del país, contenía dentro de sí un catálogo de derechos de una amplitud y contenido notables. Cuestión que permite afirmar su perspectiva avanzada, al menos en este sentido⁷⁷².

Destaca en el texto de 1998, a partir de su propia configuración como Estado social de derecho, la declaración de valores como la libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz, que han guiado los pasos de la república. Además, resulta novedoso el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas, que resulta coherente con la regulación de los derechos de los indígenas, de los niños y niñas, de las mujeres y de las personas con discapacidad. De extrema significación es el artículo 17 de la Carta, donde se consagró como principio fundamental de interpretación y aplicación de los

⁷⁷¹ Constitución Política de la República del Ecuador.

⁷⁷² ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano", Quito, 2012, p. 31; PAZ Y MIÑO CEPEDA, Juan J. (editor), *Asamblea constituyente y economía. Constituciones en Ecuador*, Abya Yala, Quito, 2007, pp. 42-43; ECHEVERRÍA, Julio, "Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano", en AA.VV., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Julio ECHEVERRÍA y César MONTÚFAR (ed.), Abya Yala, Quito, 2008, p. 33; PAZ Y MIÑO CEPEDA, Juan. J. y Diego PAZMIÑO, "El proceso constituyente desde una perspectiva histórica" en AA.VV., *Nueva Constitución.*, Raúl BORJA (ed.), ILDIS, editorial La Tendencia, Quito, 2008, p. 38.

derechos, la no discriminación. Elementos todos indispensables para el desarrollo de las personas.

En materia de igualdad y no discriminación, que es el tema objeto de comentario, resulta el precedente constitucional inmediato de la actual Ley de Leyes. Ello a pesar de que su concreción en estos órdenes fue muy escasa dada la orientación neoliberal y económicamente excluyente que cimentaba el modelo “social de mercado” que proclamaba la Constitución de 1998.

Como resultado del desarrollo legislativo, se aprobó en el año 2008 la vigente Constitución de la República de Ecuador, convirtiéndose en el nuevo punto de partida para el respeto y consagración de los derechos. Especialmente significativa resulta la declaración del Estado de su decisión de construir una sociedad de convivencia pacífica, en respeto a la diversidad, para conseguir el buen vivir, el *sumak kawsay*; y, sobre todo, el interés del Estado de cuidar y respetar la sociedad desde todas sus extensiones, incluyendo la dignidad de las personas y las colectividades⁷⁷³.

De esa forma, desde el preámbulo, la Constitución se ha inspirado en principios y valores como la libertad, la equidad, la paz, la igualdad, y la dignidad humana, y sobre la base de ellos se desarrollan todos los preceptos. Se afirma entonces que uno de los valores principales que protege la Carta Magna es la igualdad, considerado como el valor supremo que irradia todo el ordenamiento jurídico.

La Ley de leyes en Ecuador establece que el Estado ecuatoriano es constitucional, social democrático, de derechos y justicia⁷⁷⁴; y conforme a ello se declaran como deberes primordiales de Estado garantizar sin discriminación

⁷⁷³ PÉREZ Y PUIG-MIR, Nuria, “El buen vivir como noción jurídica en la constitución ecuatoriana”, *Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Facultad de Derecho. Universidad de la Habana, La Habana, 2018, p.14; HOUTART, Françoise, “El concepto del Sumak Kawsay (Buen Vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”, en Ecuador Debate, No. 84, 2010, Quito; pp. 57-60; ACOSTA, Alberto, “Cualquier restricción a la crítica es el fin del debate público”, en AA.VV., *Democracia, participación y socialismo. Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Miriam LANG y Alejandra SANTILLANA (comp.), Fundación Rosa Luxemburgo, Homenen, Quito, 2010, p. 179.

⁷⁷⁴ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y de justicia”, en Constitución del 2008 en el contexto andino, Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (ed.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, noviembre 2008; pp. 19-30.

alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales⁷⁷⁵.

Un signo distintivo de la Constitución de Montecristi se identifica con el hecho de que, en su artículo 11, se establecen los principios de aplicación de los derechos⁷⁷⁶. En este se declara la plataforma de realización y exigencia de los derechos reconocidos constitucionalmente. En su examen, pueden encontrarse el reconocimiento de derechos individuales y colectivos; el deber protector y garante del Estado; la coexistencia de aquellos reconocidos en el derecho interno con los establecidos por los tratados internacionales; la prohibición de restricción de los derechos por la normativa infra constitucional; su justiciabilidad plena y la exigencia a los funcionarios públicos de interpretarlos favorablemente.

También se establece en el propio artículo, que los principios y derechos proclamados en la Constitución, son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Otro elemento interesante al respecto es el posicionamiento de la dignidad como un principio rector de los derechos y generador incluso, de nuevos derechos, en concordancia con la progresividad que también se les reconoce. La gran valía de esta suerte de declaración de principios es que constituyen el soporte que transversaliza tanto el reconocimiento de los derechos, como la mutación de su contenido en el tiempo, su disfrute pleno y la exigencia de su efectividad ante las autoridades públicas⁷⁷⁷.

Un elemento esencial en esa suerte de preámbulo principalista, previo a la enunciación de los derechos concretos, es el establecimiento de la prohibición

⁷⁷⁵ El artículo 1 de la Constitución ecuatoriana reconoce que: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya Voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución (...); y el artículo 3.1 reconoce que: "Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes".

⁷⁷⁶ Vid. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Los principios de aplicación de los derechos", en AA.VV., *Nuevas Instituciones Del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Serie Investigación No. 14, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Quito, julio 2009, pp. 27-30; PÉREZ Y PUIG-MIR, Nuria, "El buen vivir como noción jurídica...", *cit.*, p. 15.

⁷⁷⁷ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Los principios de aplicación...", *cit.*, pp. 48 y 49; ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales y estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 45.

de discriminación en el segundo apartado del mencionado artículo 11 del texto constitucional. En este se comienza declarando que todas las personas son iguales y, por tanto, gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. De esta forma se coloca a la igualdad como principio que abre la declaración de no discriminación, en consonancia con la relación conceptual esencial entre ambos principios que ya hemos analizado teóricamente en páginas anteriores⁷⁷⁸.

Sobre el principio de igualdad, la Constitución de 1998 solo reconocía que los derechos eran garantizados a todos los habitantes del Ecuador sin discriminación. En cambio, la actual Constitución del 2008 enarbola como uno de sus valores principales la igualdad, y a partir de ello, reconoce no solo la igualdad ante la ley, sino que configura el derecho a la igualdad formal, igualdad material y la no discriminación.

De acuerdo con el mencionado precepto constitucional vigente, la igualdad formal implica un trato idéntico a sujetos individuales o colectivos que se hallan en la misma situación⁷⁷⁹. No obstante, esta vez la Constitución se pronunció por la consagración de un principio mucho más profundo, derivado de la igualdad; y es que reconoció no sólo la igualdad formal, sino que incluyó el principio de igualdad real mediante el reconocimiento de la diferencia, con lo cual instituye también la no discriminación, y a partir de esa afirmación, se han previsto los principios y mecanismos necesarios para la realización efectiva de la igualdad⁷⁸⁰.

La protección del Estado a estos dos principios los muestra fuertemente imbricados en el artículo 11 del texto constitucional. Entre las causales de

⁷⁷⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Los principios de aplicación...”, *cit.*, pp. 36 y 37; SABA, Roberto, “Desigualdad estructural”, en AA.VV., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELASCO (editores), 1ª ed., editorial Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, pp. 59 – 70; SOSA SALAZAR, Edinson Guillermo; Luis Johao CAMPOVERDE NIVICELA y Melina Estefanía SÁNCHEZ CUENCA, “Los principios de titularidad...”, *cit.*, pp. 433–435.

⁷⁷⁹ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP, de fecha 15 de noviembre de 2016, p. 19.

⁷⁸⁰ VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, “La Constitución Económica del Ecuador”, en *Iuris dictio*, Año 16, Vol.17, Quito, febrero- julio 2015, p. 135; NINO, Ezequiel, “Efecto o intención: cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación”, en AA.VV., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELASCO (editores), 1ª ed., editorial Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, pp. 219–248; SÁNCHEZ, John Antón, “Afroecuatorianos: reparaciones y acciones afirmativas”, en AA.VV., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELASCO (editores), 1ª ed., editorial Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, pp. 331–363.

discriminación que se prohíben, se encuentran motivos como la etnia, el lugar de nacimiento, la identidad de género y cultural, así como el estado civil, el idioma, la religión, la ideología, la filiación política, o el pasado judicial, la condición socio-económica o migratoria, la orientación sexual, el estado de salud, que incluye portar enfermedades como el VIH, la discapacidad y las diferencias físicas. No obstante, en este amplio listado de causales, el constituyente incluye una fórmula que es muy común, como ya se ha visto, y que reconoce tácitamente que es imposible establecer motivos de discriminación como *numerus clausus*, además de buscar armonía con la propia progresividad reconocida como principio rector en materia de derechos. En tal sentido, cierra el párrafo sumando a las razones expresamente declaradas, “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”⁷⁸¹.

Nótese que, cuando la propia Constitución prescribe cualquier forma de discriminación, en primer lugar, está reconociendo la riqueza de situaciones que pueden sobrevenir en la propia dinámica social y que escapan al constituyente. Pero, por otro lado, establece que estas distinciones nuevas que pueden surgir, se prescriben no solo si quienes las generan tienen el objetivo de discriminar, sino también si la discriminación es su resultado⁷⁸². De ello se deriva que la intención de discriminar no es requisito esencial, aunque esta no se haya pretendido, si de una acción o situación determinada, resulta el menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho, entonces, para la Constitución, se identificará como un caso de discriminación que gozará de la debida respuesta estatal.

No puede cerrarse el análisis del apartado segundo, sin reflexionar sobre el último párrafo de su contenido, el que establece que 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”. Tal

⁷⁸¹ *Vid.* artículo 11 de la Constitución de la República de Ecuador.

⁷⁸² ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Los principios de aplicación...”, *cit.*, pp. 36 y 37; SALGADO ÁLVAREZ, Judith, “Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana”, en AA.VV., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELASCO (editores), 1ª ed., editorial Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, pp. 483–512.

declaración constituye el cierre de un tratamiento constitucional que puede considerarse integral acerca de la no discriminación y que, por tanto, ofrece grandes posibilidades a la sociedad y el Estado para el ejercicio pleno de los derechos sin discriminación. Así, en este se integran el principio de igualdad, las causales más frecuentes de discriminación repudiadas, el reconocimiento de otras que puedan surgir con el devenir del tiempo y que se generen con o sin intención, y la posibilidad del diseño y aplicación de acciones afirmativas por parte del Estado como una suerte de paliativo preventivo ante este flagelo.

Después de los análisis anteriores, y en correspondencia con el análisis de la Sentencia No. 006-15-SCN-CC, puede concluirse que el examen de una norma discriminatoria debe realizarse sobre la base de tres elementos reconocidos en la Constitución de 2008⁷⁸³. En primer lugar, la comparabilidad, es decir, tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones. En segundo orden, la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas a modo de ejemplos en el artículo 11 apartado segundo, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas. Por último, como tercer elemento, la verificación del resultado por el trato diferenciado, 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 derechos⁷⁸⁴.

De manera previa a un examen más exhaustivo de los derechos, es importante resaltar como el constituyente ecuatoriano del 2008 al consagrar un conjunto de ellos en el Capítulo segundo del magno texto, los identifica como “Derechos del buen vivir”⁷⁸⁵. Esta constituye una categoría única en la Constitución

⁷⁸³ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 006-15-SCN-CC, Caso 0005-13-CN, de fecha 27 de mayo de 2015, p. 14.

⁷⁸⁴ Vid. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No.159-11-JH/19, Caso No. 159-11-JH, de fecha 26 de noviembre de 2019, p. 15.

⁷⁸⁵ MONTAÑO GALARZA, César y Claudia STORINI, “Buen vivir: una nueva forma de ser, hacer y pensar, en AA.VV., *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, editores académicos Liliana Estupiñan Achury, et. al., Universidad Libre, Bogotá, 2019, pp. 13-17; GUDYNAS, Eduardo, “Desarrollo, Derechos de la naturaleza y Buen vivir después de Montecristi”, Centro de Investigaciones Ciudad y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, Quito, marzo 2011, p. 88; GARGARELLA, Roberto y Christian CURTIS, “Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir Después De Montecristi”, En Debates Sobre Cooperación y Modelos de

ecuatoriana, que agrupa un plexo importante de derechos que deben protegerse con esmero de acciones discriminatorias.

La conquista del Buen Vivir en el Estado ecuatoriano se encuentra vinculada estrechamente con el conjunto de derechos reconocidos, los cuales, para materializarse, requieren de cambios importantes en las tradicionales estrategias de desarrollo, las que, deberán ser superadas con un enfoque conceptual y estructural. Por ello, constituye, sin dudas, una propuesta que compromete el concepto de desarrollo en tanto opción post-desarrollista a ser construida: el Buen Vivir⁷⁸⁶.

Los derechos del Buen Vivir se reconocen en 99 artículos de la Constitución de Ecuador de 2008⁷⁸⁷. El resto del texto constitucional desarrolla en reiteradas ocasiones el Buen Vivir a partir de la visión de la sociedad que se quiere construir. A continuación, se esbozarán algunos de los más vinculados a esta exigencia y que, en su contenido, explicitan de alguna forma la traducción de la no discriminación en su ejercicio concreto.

Con respecto al derecho a la salud⁷⁸⁸, la Constitución establece, entre otras cuestiones, que se debe garantizar el derecho al “acceso permanente, oportuno y sin exclusiones a programas, acciones y servicios promoción y atención integral de salud”. En el ejercicio de este derecho, no pueden existir exclusiones de ninguna clase, teniendo para ello, como premisas, los principios de equidad,

Desarrollo. Perspectivas Desde la Sociedad Civil en el Ecuador, En Gabriela Weber, editorial Centro de Investigaciones Ciudad y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, Quito, 2011, p. 57-60; GUDYNAS EDUARDO y ACOSTA ALBERTO, “La Renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa”. CEIICH, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2014, pp. 82-85; ACOSTA, Alberto, El Buen Vivir. Una oportunidad por construir”, en Revista Ecuador Debate No. 75, CAAP, Quito, diciembre 2008, pp. 33-48.

⁷⁸⁶ ACOSTA, Alberto, El Buen Vivir en el camino del Post-Desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi, Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, Quito, 2010, p. 6.

⁷⁸⁷ La Constitución reconoce sobre el tema 23 artículos en el Título II, capítulo segundo, del artículo 12 al 34: agua y alimentación (artículos 12 y 13), ambiente sano (14 y 15), comunicación e información (16 a 20), cultura y ciencia (21 a 25), educación (26 a 29), hábitat y vivienda (30 y 31), salud (32), trabajo y seguridad social (33 y 34). En el título VII se plasma el Régimen del Buen Vivir que engloba 76 artículos del 340 al 394: inclusión y equidad (340 a 342), educación (343 a 357), salud (358 a 366), seguridad social (367 a 374), hábitat y vivienda (375 y 376), cultura (377 a 380), cultura física y tiempo libre(381 a 383), comunicación social (384), ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales (385 a388), gestión del riesgo (389 a 390), población y movilidad humana (391 y 392), seguridad humana(393) y transporte (394).

⁷⁸⁸ *Vid.* artículo 32 de la Constitución ecuatoriana.

Capítulo IV. La constitucionalización de la no discriminación en Ecuador, su proyección legal y jurisprudencial

universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional⁷⁸⁹.

Por su parte, en el caso de la educación⁷⁹⁰, se establece que esta será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz⁷⁹¹. Además, sobre este derecho se declara que se garantizará el acceso universal, la permanencia, movilidad y egreso, sin discriminación alguna⁷⁹². En este derecho se insiste en su proyección intercultural en varios de los postulados que lo desarrollan y particulariza igualmente en la inclusión de las personas adultas mayores⁷⁹³, lo que de alguna manera constituye un freno a la concreción de acciones discriminatorias que por estos motivos se puedan manifestar en el ejercicio del derecho a la educación. En tal caso, la Constitución hace alusión expresa a la no discriminación en la educación “sea pública o particular”⁷⁹⁴.

A continuación de los denominados “Derechos del buen vivir”, la Constitución ecuatoriana dedica su capítulo tercero a los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria⁷⁹⁵. El propio nombre que introduce este acápite, permite

⁷⁸⁹ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El derecho a la salud en el contexto del Buen Vivir la constitución ecuatoriana del 2008 y el derecho a la salud*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2012, p. 17; GUERRERO, Patricio y Luis HERRERA MONTERO, Por los senderos del yachak. Espiritualidad y sabiduría en la medicina andina, 1ra edición, Abya-Yala, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 2011, pp. 21-23.

⁷⁹⁰ Vid. artículos 26 al 29 de la Constitución ecuatoriana.

⁷⁹¹ VILLAGÓMEZ, María Sol y Rogerio CUNHA DE CAMPOS, “Buen vivir y educación para la práctica de la interculturalidad en el Ecuador. Otras prácticas pedagógicas son necesarias”, en *Alteridad. Revista de Educación*, Vol. 9, No. 1, Azuay, enero-junio 2014, p. 37; CEVALLOS TEJADA, Francisco, *Educación y buen Vivir: Reflexiones sobre su construcción*, 1ra edición, Contrato social por la educación Ecuador, Quito, 2012, pp. 52 y 53.

⁷⁹² El artículo 28 de la Constitución ecuatoriana reconoce que: “La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente. Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones. El aprendizaje se desarrollará de forma escolarizada y no escolarizada. La educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive”.

⁷⁹³ El artículo 38 de la Constitución ecuatoriana regula que: “El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas”.

⁷⁹⁴ Vid. artículo 356 de la Constitución.

⁷⁹⁵ Vid. artículos del 36 al 55 de la Constitución ecuatoriana. Entre estas personas y grupos se incluyen: las adultas y adultos mayores, los jóvenes, los emigrados, las mujeres embarazadas,

deducir que se trata de sujetos, tanto individuales como colectivos, que pueden ser susceptibles de discriminación. Además, al denominarlos como de atención prioritaria, trasluce una voluntad política de protección y especial atención por parte del Estado⁷⁹⁶.

En lo que concierne a los grupos de atención prioritaria, por encontrarse en alguna de las condiciones de vulnerabilidad, se pueden mencionar los niños, los adolescentes, las personas adultas mayores, aquellas que sufran enfermedades catastróficas, mujeres embarazadas o en período de lactancia, los cuales tendrán derecho a recibir una atención prioritaria por el Estado sin ningún tipo de discriminación, en los ámbitos educativo, social y laboral. Para el caso de las personas con algún tipo de discapacidad, se les deberá propiciar un ambiente que fomente sus capacidades y potencialidades para que puedan desarrollar actividades educativas y laborales con iguales oportunidades.

Se demuestra de esta forma que el Estado ecuatoriano reconoce y reafirma el principio de no discriminación, garantizando con ello el ejercicio de los derechos de sectores con capacidades especiales que son víctimas de la discriminación, asegurando el acceso en igualdad de condiciones al trabajo remunerado y prohibiendo la disminución de la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición⁷⁹⁷.

La discriminación de las personas con capacidades especiales o cualquier tipo de discapacidad, ya sea física o mental, constituye un tema central para las políticas públicas en Ecuador, que demuestra la preocupación del Estado por el establecimiento de garantías dirigidas a la protección de estos grupos asiduamente vulnerados en correspondencia con la lucha de las personas con

las niñas, niños y adolescentes, las personas con discapacidad, aquellas que presentan enfermedades catastróficas, las privadas de libertad, así como las usuarias y consumidoras.

⁷⁹⁶ SIMÓN CAMPAÑA, Farith Ricardo, "La Familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución Del 2008", en la Constitución Ciudadana, Compilador Diego Pérez, editorial Taurus, Quito, 2009, pp. 210 y 211.

⁷⁹⁷ Al respecto, la Constitución ecuatoriana estipula en el artículo 330 que: "Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición".

capacidades especiales por sus derechos y por su integración a la vida productiva y pública.

Por su parte, el cuarto capítulo de la Constitución de Montecristi, se destina a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades⁷⁹⁸. De igual forma, a estos se les deberá garantizar el respeto de su identidad, tradiciones, identidad étnica y cultural en la aplicación de su propio derecho, sin vulnerar sus derechos constitucionales. En especial, el artículo 57 en el segundo apartado se les reconoce, “no ser objeto de racismo y de ninguna otra forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural”. Este enunciado se complementa con el siguiente apartado del propio artículo, que establece que, ya causado el daño, las comunidades afectadas tendrán derecho al reconocimiento, reparación y resarcimiento ocasionado por el racismo, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.

De este modo, la fórmula normativa utilizada demuestra una proyección preventiva de las acciones discriminatorias, y otra en cierto sentido reparadora. La especial atención que ofrece la Constitución a estos pueblos y nacionalidades, tiene su origen en la propia declaración del Ecuador como un estado intercultural y plurinacional en su artículo primero, además de que estos grupos históricamente han sido víctimas de la desigualdad y la discriminación⁷⁹⁹.

En cuanto a la igualdad entre hombres y mujeres, la Ley de leyes en Ecuador reconoce la obligación del Estado de formular y ejecutar políticas públicas que

⁷⁹⁸ Vid. artículos del 56 al 60 de la Constitución ecuatoriana.

⁷⁹⁹ El reconocimiento de la República del Ecuador como estado pluricultural y multiétnico es el resultado histórico de las luchas de los pueblos originarios y es muestra de su empuje en la concreción de demandas sociales. Uno de los impactos tangibles en la Constitución de 2008 es la introducción del concepto ancestral del buen vivir o *sumak kawsay*, que vertebró ideológicamente la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales del texto supremo y que está presente desde el preámbulo constitucional. Apud. MELO CEVALLOS, Mario, “Los Derechos indígenas en la Nueva Constitución”, en AA.VV., *Nuevas Instituciones Del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, David CORDERO HEREDIA (Editor), Serie Investigación No. 14, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Quito, julio 2009, pp. 97–103; PÉREZ Y PUIG-MIR, Nuria, “El buen vivir como noción jurídica...”, *cit.*, pp. 15–27; ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución 2008”, Ediciones Abya Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011, p. 15; ACOSTA, Alberto, “Siempre más democracia, nunca menos. A manera de prólogo”, en AA.VV., *El Buen vivir. Una vía para el desarrollo*, ACOSTA, Alberto y Esperanza MARTÍNEZ (Comp.), Abya Yala, Quito, 2009. p. 19; MUNTANER, Carles and John LYNCH, “Social capital, class gender and race conflict, and population health: an essay review of Bowling Alone’s implications for social epidemiology.” *International Journal of Epidemiology*, Volume 31, Issue 1, 2002, p. 266.

promuevan la igualdad efectiva entre ambos sexos, regulación que establece la implementación de aquellas políticas que garanticen, efectivamente, una mejor vida para las mujeres⁸⁰⁰. Además, reconoce la posibilidad de establecer procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de delitos vinculados con la violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección⁸⁰¹.

En cuanto a la no discriminación por razón de sexo u orientación sexual, en un informe presentado por la Organización Ecuatoriana de Mujeres Lesbianas, el Matrimonio Civil Igualitario, y la Red Internacional de Derechos Humanos, se concluye que, si bien la prohibición de discriminación encuentra reconocimiento constitucional e internacional, su efectivo cumplimiento no se materializa en la práctica, lo cual se refleja de múltiples formas, destacando que si bien han existido esfuerzos por parte del Estado, aún existen prácticas, políticas, e incluso normas que devienen en discriminatorias en virtud de la orientación sexual⁸⁰².

Según este informe, aunque la Constitución contiene el principio de no discriminación por razón de orientación sexual, al mismo tiempo contiene una regla discriminatoria por la misma razón al disponer en su artículo 68, la prohibición del acceso a la adopción a parejas unidas de hecho del mismo sexo. Se puede interpretar entonces, que la disposición contenida en el artículo 67 del texto constitucional, en el que se establece que solo se reconozca el matrimonio como la unión del hombre y la mujer, se configura como una alusión semántica a la discriminación por razón de orientación sexual. Ello a pesar de que el 12 de

⁸⁰⁰ Al respecto se pronuncia el artículo 70 de la Constitución ecuatoriana al regular: “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”.

⁸⁰¹ Por su parte, el artículo 81 de la Constitución establece que: “La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley”.

⁸⁰² FREIRE BARRERA, Bernarda y Jorge FERNÁNDEZ YÉPEZ, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, en el Ecuador 2017*, Cuenca, mayo 2018, p. 26.

junio de 2019 fue reconocido por la Corte Constitucional del Ecuador, mediante la Sentencia No. 11-18-CN/19, el matrimonio igualitario.

En otros espacios de la Constitución aparecen también, incluso fuera de aquellos dedicados a derechos y garantías, alusiones a cuestiones vinculadas con la protección antidiscriminatoria, lo que afianza esta idea en sentido transversal para el disfrute de una vida. Un ejemplo de ello es la concepción del ser humano como sujeto principal de su desarrollo económico, propiciando un equilibrio entre la sociedad, el Estado y el mercado, en correspondencia con la naturaleza⁸⁰³, estableciéndose que el sistema económico es social y solidario, y tiene como objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir⁸⁰⁴. Esta constituye una base, al menos jurídica, de gran importancia en la lucha por la efectividad de la igualdad, que debe partir de un equilibrio entre las posibilidades materiales de todos para acceder al disfrute de sus derechos, y también es óbice para el diseño de acciones afirmativas que permitan evitar situaciones de discriminación para personas y grupos.

La prohibición contra la discriminación se extiende al reconocimiento de que, en el ejercicio del servicio público, se prohíben las acciones de discriminación de cualquier tipo⁸⁰⁵. Con ello se demuestra que se trata de un principio que vincula a los ciudadanos en sus relaciones verticales, aunque también se erija como se ha analizado en espacios anteriores, en un mandato al Estado, en el que sus órganos y funcionarios deben tener la prohibición de discriminación como una importante pauta a cumplir para sus actuaciones. Sin embargo, de su análisis se puede interpretar, que con esa disposición jurídica se afianza la prohibición de discriminación en las relaciones verticales, empero, falta un pronunciamiento

⁸⁰³ ACOSTA, Alberto, *Los derechos de la naturaleza, Una Lectura sobre el derecho a la existencia*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011, p. 339.

⁸⁰⁴ En el caso del artículo 283 de la Constitución ecuatoriana se dispone que: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”.

⁸⁰⁵ El artículo 230 de la Constitución ecuatoriana establece que: “En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley: 1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita. 2. El nepotismo. 3. Las acciones de discriminación de cualquier tipo”.

similar que se refiera expresamente a la prohibición de discriminación en las relaciones de Derecho Privado.

Más adelante, se define el sistema nacional de inclusión y equidad social, mediante el cual se aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución; en articulación con el Plan Nacional de Desarrollo y el sistema nacional descentralizado de planificación participativa; el que se guiará entre otros, por los principios de equidad, igualdad y no discriminación⁸⁰⁶.

En base a los fundamentos legales reconocidos en la Carta Magna, el Estado deberá generar las condiciones necesarias para la protección frente a la discriminación, por tanto, en su accionar priorizará a los grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, salud o discapacidad⁸⁰⁷.

De conformidad con la prohibición del principio de no discriminación, la Constitución reconoce la creación de Consejos Nacionales de Igualdad, los que estarán encargados de asegurar la observancia y ejercicio de los derechos consagrados en el cuerpo constitucional ecuatoriano, así como promover políticas que combatan la discriminación racial, de género y de otra índole⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ En el artículo 340 de la Constitución ecuatoriana se establece: “El sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo. El sistema se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación. El sistema se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte”.

⁸⁰⁷ El artículo 340 de la Constitución ecuatoriana dispone: “El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad (...)”.

⁸⁰⁸ *Vid.* artículo 156 de la Constitución ecuatoriana: “Los consejos nacionales para la igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento

El Estado ecuatoriano reconoce en su política el modelo del Buen Vivir a través del Plan Nacional de desarrollo 2017-2021 “Toda una vida”⁸⁰⁹; que, a menos de una década de su implementación, mediante la puesta en práctica de tres planes nacionales del buen vivir, los correspondientes a los períodos 2009-2013, 2013-2017 y 2017-2021, promueve el desarrollo de una sociedad igualitaria que propicia la participación de todos con independencia de su género, orientación sexual o credo⁸¹⁰.

Dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 se integran dos ramas fundamentales, el derecho de toda persona a vivir en armonía con sus semejantes y con la naturaleza, además del disfrute de los derechos políticos, sociales, culturales y colectivos. En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, se reconocen como derechos sociales fundamentales que fundamentan el respeto de los valores de dignidad, igualdad y de solidaridad humana, con el propósito fundamental de superar las desigualdades sociales, para que todos puedan gozar de los beneficios de la vida social, o al menos a un mínimo vital compatible con la dignidad humana a través de derechos y prestaciones brindadas directa o indirectamente por los poderes públicos⁸¹¹.

En consecuencia, los derechos económicos se encontrarán subordinados a la búsqueda de: en primer lugar, el equilibrio del ser humano consigo mismo y con el resto de las personas; en segundo lugar, el equilibrio con la naturaleza y; en tercer lugar, el equilibrio entre las comunidades⁸¹².

y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno”.

⁸⁰⁹ Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 “Toda una Vida”, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo–Senplades, 2017, Quito.

⁸¹⁰ GALIANO MARITAN, Grisel y Gabriela TAMAYO SANTANA, “Análisis Constitucional de los derechos personalísimos...”, *cit.*, p. 126.

⁸¹¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático Latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7, No. 2, Santiago de Chile, 2009, p. 152.

⁸¹² SIMON, Farith, “La naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana: la construcción de una categoría de interculturalidad”, en AA.VV., *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, editores académicos, Liliana Estupiñán Achury, et. al., Universidad Libre, Bogotá, 2019, p. 299- 333; MARTÍNEZ, Esperanza y Alberto ACOSTA, Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible”, en *Rev. Direito e Práx.*, Vol. 08, No. 4, Río de Janeiro, 2017, pp. 2930-2934; y ACOSTA, Alberto y Esperanza

En búsqueda de la implementación del Plan Nacional de Desarrollo, las acciones del Estado ecuatoriano estarán dirigidas a mejorar la calidad, esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución, así como potenciar un sistema económico justo y sostenible que se base en la distribución igualitaria.

Como resultado de las luchas del gobierno por alcanzar normas más garantistas dirigidas a la protección efectiva contra las formas de discriminación, se instaura en el Estado ecuatoriano el Plan plurinacional para eliminar la discriminación racial y la exclusión étnica y cultural, amparado en los artículos 11, 57, 65 y 66 de la Constitución.

El Plan plurinacional tiene como principal objetivo eliminar la discriminación y exclusión por razón de raza o etnia, al proponer un conjunto integral de políticas públicas encaminadas a combatir el racismo, a través del desarrollo de ejes y objetivos previamente identificados que alcanza incluso, la adopción de medidas institucionales para combatir el racismo, y la discriminación desde el sistema educativo y los medios de comunicación.

De igual forma, el Código de la niñez y la adolescencia en Ecuador⁸¹³ también reconoce como principios fundamentales dentro del Título II, en su artículo 6, la igualdad y la no discriminación de todos los niños, niñas y adolescentes, con la prohibición expresa de no ser discriminados por ninguna de las categorías que allí se enuncian, o por cualquier otra condición propia, o de sus representantes o familiares. Para ello dispone que el Estado adoptará las medidas necesarias que eliminen cualquier forma de discriminación.

En consonancia con ello, el artículo 8 dispone como deber no sólo del Estado, sino también de la sociedad y la familia, la de adoptar medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de todos los

MARTÍNEZ (compiladores), *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011, p. 270.

⁸¹³ Código de la Niñez y la Adolescencia en Ecuador, Ley 100, Registro Oficial 737, de fecha 3 de enero de 2003, última modificación, 7 de julio de 2014.

derechos de los niños, niñas y adolescentes⁸¹⁴. Se reconoce también en el artículo 38, literal b), como objetivo de los programas de educación básica y media, el aseguramiento de los conocimientos, valores y actitudes indispensables para promover y practicar, entre otros, la no discriminación.

Como medidas sancionatorias, el artículo prohíbe en los establecimientos educativos la aplicación de medidas que impliquen la exclusión o discriminación por cualquier condición personal que tenga el estudiante, sus progenitores, representantes legales, o de aquellos quienes lo tengan bajo su cuidado, incluyéndose así en esta prohibición, aquellas medidas discriminatorias que puedan suscitarse por causa de embarazo o maternidad de una adolescente.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en Ecuador es bien escueta en cuanto a la regulación jurídica de la prohibición de discriminación, sin embargo, en el artículo 4 relativo a los principios reconoce el trato justo y la igualdad en la aplicación de la ley y los contratos que de ella derivan⁸¹⁵.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) también reconoce en el artículo 2 dentro de sus objetivos (...) garantizar el pleno ejercicio de los derechos sin discriminación alguna (...); y seguidamente, en el artículo 4 dentro de sus fines, establece en el literal b) “La garantía, sin discriminación alguna y en los términos previstos en la Constitución de la República de la plena vigencia y el efectivo goce de los derechos individuales y colectivos constitucionales y de aquellos contemplados en los instrumentos internacionales”⁸¹⁶.

Por otra parte, la legislación ecuatoriana protege a las personas con discapacidad frente a la discriminación de la que son objeto por pertenecer a un

⁸¹⁴ Sobre el tema, *Vid.* VÁZQUEZ PASTOR- JIMÉNEZ, Lucía, “El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 73, No. 2221, 2019, pp. 7 y 8.

⁸¹⁵ El artículo 4 de la Ley establece: “Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”. *Vid.* Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008.

⁸¹⁶

grupo con capacidades especiales, a través de la Ley Orgánica de Discapacidades de 2012, en la que se establece el derecho de las personas discapacitadas a acceder a un trabajo remunerado en condiciones de igualdad, y a no ser discriminadas en las prácticas relativas al empleo, incluyendo el proceso de selección, y ampliando su aplicación tanto al ámbito público como al privado⁸¹⁷.

Para cumplir con la protección normativa frente a la discriminación en el Ecuador, se establece como delito aquellas acciones discriminatorias previstas en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano⁸¹⁸, sancionando a todo aquel que incite, propague o realice alguna acción de discriminación por razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud, a una pena de privación de libertad de uno a tres años. De igual forma el artículo comentado reconoce las acciones positivas, al alegar como excepción a esta prohibición, los casos previstos por políticas de acción afirmativa.

La prohibición de discriminación es reconocida además en la Ley de comunicación de 2013⁸¹⁹, la que regula que no se admitirá contenido discriminatorio en los medios de comunicación social de forma que puedan causar exclusiones basadas en razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión,

⁸¹⁷ *Vid.* Ley Orgánica de Discapacidades de 2012, Registro Oficial No. 796, martes 25 de septiembre del 2012. El artículo 45 de esta ley refiere: "Las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante tienen derecho a acceder a un trabajo remunerado en condiciones de igualdad y a no ser discriminadas en las prácticas relativas al empleo, incluyendo los procedimientos".

⁸¹⁸ Código Orgánico Integral Penal, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 2014, Quito. El artículo 176 de la ley refiere que: "La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si la infracción puntualizada en este artículo es ordenada o ejecutada por las o los servidores públicos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años".

⁸¹⁹ Ley de Comunicación de 2013, Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013, Última modificación: 20 de febrero de 2019.

ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad o diferencia física, y otras que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

De igual forma, la Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional 2017-2021 se aprueba con el objetivo principal de reducir las brechas de desigualdad y erradicar la discriminación hacia los grupos generacionales, como son las niñas y niños, adolescentes, jóvenes, y personas adultas mayores, para que puedan gozar de una vida digna, libres de violencia y discriminación⁸²⁰.

No puede dejar de mencionarse también el COGEP, que reconoce de forma expresa y clara en su primer considerando, que se podrán ejercer, promover y exigir los derechos consagrados en la Constitución de forma individual o colectiva, incluyendo la no discriminación⁸²¹. La inclusión de este principio específicamente en la ley procesal ecuatoriana, establece la posibilidad normativa brindada por el Estado de exigir la protección de los derechos vulnerados en el orden judicial.

Por último, como parte de las leyes más recientes aprobadas en Ecuador para lograr la protección jurídica a la no discriminación, no puede dejar de mencionarse que en el año 2019 se aprobó la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores, la que, en desde su artículo 3, literal b), dispone como fines de esta Ley “impulsar el cumplimiento de mecanismos de promoción, asistencia, exigibilidad, protección y restitución de los derechos de las personas adultas mayores, garantizando el derecho a la igualdad y no discriminación”⁸²².

Seguidamente en su artículo 4 literal b), establece específicamente entre los principios fundamentales y principios rectores la igualdad formal y material por lo que “todas las personas adultas mayores son iguales ante la ley y gozarán de su protección y beneficio sin discriminación alguna”, garantizándose para ello el

⁸²⁰ Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional 2017-2021, Quito, 2017.

⁸²¹ Código Orgánico General de Procesos, aprobado el 12 de mayo de 2015, publicado en el Suplemento del Registro Oficial, Año 2, No. 506, Quito, del viernes 22 de mayo de 2015.

⁸²² Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores, Aprobado por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 484, de 9 de mayo de 2019.

trato justo y proporcional en las condiciones de acceso y disfrute, sin distinción de ninguna naturaleza⁸²³; y mediante el literal e) se prohíbe taxativamente “toda discriminación o distinción no razonable contra las personas adultas mayores, siempre y cuando se sujeten a acciones u omisiones que tengan como efecto anular, excluir o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra circunstancia de la vida pública o privada”.

El artículo 15, por su parte, refiere que el Estado adoptará las medidas de acción afirmativas en las políticas públicas que se diseñen e implementen a favor de las personas adultas mayores que se encuentren en situación de desigualdad; medidas que durarán el tiempo que sea necesario para superar las condiciones de desigualdad, definiéndose su alcance de manera particular para cada caso concreto.

También se les reconoce a las personas adultas mayores en el artículo 21 el derecho para acceder de forma voluntaria a un trabajo digno y remunerado en igualdad de condiciones, sin ser discriminadas en las prácticas relativas al empleo⁸²⁴.

En cuanto al tratamiento del principio de no discriminación en la jurisprudencia, se encuentran varias sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador en las que se señalan aspectos medulares para la comprensión del alcance de este principio. En este caso, la Corte considera “la discriminación como el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades”⁸²⁵. El examen para la determinación de una medida discriminatoria está marcado por tres elementos contenidos en la norma suprema: a) Que se verifique una distinción o exclusión; b) que dicha distinción o exclusión esté basada en una de las categorías establecidas en la Constitución; y c) que el objeto o resultado de dicha exclusión sea el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos

⁸²³ *Vid.* artículo 4, literal b) de la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores.

⁸²⁴ *Vid.* artículo 21 de la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores, Aprobado por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 484, de 9 de mayo de 2019.

⁸²⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso 0179-12-CN y Acumulados, de fecha 4 de septiembre de 2013, p. 60.

constitucionales. Para la Corte, la configuración del principio de no discriminación requiere que la exclusión o distinción se encuentren basadas en las causas reconocidas en la Constitución ecuatoriana de 2008.

De acuerdo al Alto Foro, la discriminación constituye una violación de derechos fundamentales, pues atenta contra la igualdad de oportunidades. En tal sentido, ha referido en diferentes fallos que:

“(…) generalmente, se usa la “no discriminación” para señalar la violación de la igualdad de derechos de los individuos cuando estos se encuentran en la misma situación jurídica. Según la doctrina constitucional, la discriminación ha sido una de las principales fuentes de desigualdad, debido a que como ciertas personas están marginadas de las decisiones, se les priva de ciertos derechos fundamentales, tales como la salud, la seguridad social, la educación, trabajo, entre otros, estando en las mismas condiciones jurídicas”⁸²⁶.

“Esta Corte constata que la Constitución de la República no solo recoge el principio de no discriminación de manera general, sino que además establece normas particulares para ciertos grupos poblacionales con el fin de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación”⁸²⁷.

En cuanto a si la diferenciación representa discriminación, se pronuncia la Corte Constitucional ecuatoriana en varias sentencias en las que esclarece:

“(…) todas las personas que de una u otra manera se encuentran prestando un servicio, desempeñando una actividad o labor, están sujetas a una condición de trato igualitario con la consecuente prohibición de discriminación cuando las circunstancias son también iguales, pero la situación difiere cuando existen circunstancias particulares que ameritan un trato diferenciado”⁸²⁸.

Para la Corte, si “existiesen categorías paritarias o similares, se debe tratar de incorporar a los sujetos en idénticas condiciones o igualitarias, pero si se tratase de categorías diferentes, se justificaría un trato desigual”⁸²⁹.

Si se analizan las sentencias presentadas, este trato es justificado solamente cuando el fin principal sea potenciar la igualdad de acceso ante la exclusión o discriminación, y no por el contrario limitar o discriminar a los miembros que no pertenezcan a un grupo protegido. Al respecto la Corte ecuatoriana establece:

⁸²⁶ Vid. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP, de fecha 15 de noviembre de 2016, p. 15.

⁸²⁷ Vid. Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 006-17-DTI-CC, Caso 001316-TI, de fecha 22 de marzo de 2017, p. 30.

⁸²⁸ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2016, p. 23.

⁸²⁹ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 019-16-SINCC, Caso 0090-15-IN, de fecha 22 de marzo de 2016, p. 21.

“(…) considerando que no todo trato idéntico es siempre equitativo, ni que todo trato diferente es siempre discriminatorio, el principio igualdad y no discriminación no implica un trato idéntico en todas las circunstancias; por el contrario, son justamente las diferencias las que convocan a un trato distinto en atención al caso. Así, un trato diferente es justificado solo en la medida en la que la finalidad sea potenciar de mejor manera la vigencia de los derechos y no al contrario”.

Si se considera lo expuesto por la Corte ecuatoriana en las sentencias anotadas, la diferenciación se justifica cuando existen categorías diferentes. Por tanto, en los casos que se requiera, podrán aplicarse medidas positivas o protección jurídica especial para aquellas personas que enfrentan un supuesto de discriminación, en aras de alcanzar la igualdad real en circunstancias que ameriten un trato diferenciado.

En este recorrido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano en cuanto al principio antidiscriminatorio, se ha podido constatar la existencia de leyes, códigos y reglamentos que desarrollan la intención anti discriminatoria declarada en la Constitución. No obstante, puede afirmarse que su cumplimiento, en la práctica jurídica actual, suele verse afectado, pues aun existen vacíos legales que han provocado que las personas objeto de discriminación no gocen de los derechos reconocidos de forma equitativa⁸³⁰.

Para conocer la forma en que se manifiestan las distintas causas de discriminación reconocidas en la Constitución ecuatoriana de 2008, se realizará un estudio en el que se abordarán algunos aspectos teóricos, legales y jurisprudenciales de estos supuestos discriminatorios, de forma tal que se evidencie el alcance del principio de no discriminación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4.2. Discriminación por razón de sexo. Panorámica jurídica en el Ecuador

Desde el antiguo Derecho Romano, las diferencias reconocidas entre la mujer y el hombre se han manifestado en instituciones como la *manus*, la tutela perpetua

⁸³⁰ ESPINOZA MINAS, Marcos Antonio y Doris del Pilar, GALLEGOS BARZOLA, “Discriminación laboral en el Ecuador”, en *Revista Espacios*, Volumen 39, No. 23, Caracas, 2018, p. 32.

de la mujer y la atribución exclusiva al hombre de la patria potestad⁸³¹. De esta forma, la mujer ha enfrentado una lucha constante por conquistar sus derechos de igualdad y no discriminación⁸³².

La discriminación por razón de sexo se verifica en todos los aspectos de la vida cotidiana, reconociéndose como un problema vigente que demanda soluciones diversas, las que resultan contradictorias en ocasiones debido a la naturalidad con la que se perciben las diferencias entre los sexos, que fácilmente pueden transformarse en desigualdades⁸³³.

Como ha reconocido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, (Comité DESC), el concepto de sexo como categoría sospechosa de discriminación incluye tanto las características fisiológicas, como la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género que obstaculizan el pleno ejercicio de los derechos⁸³⁴.

Esta clase de discriminación no se establece simplemente por la condición del sexo, o sea, ser hombre o mujer, sino por las múltiples características que se asocian a este, como por ejemplo los estereotipos arraigados en patrones asociados al género femenino, aun cuando no sean inherentes al sexo mismo⁸³⁵.

La prohibición de discriminación por razón de género adquiere un matiz significativo, debido a que el grupo protegido constituye más de la mitad de la población mundial y ha sido sometido históricamente a una discriminación

⁸³¹ Respecto a la discriminación en el ejercicio de la patria potestad *Vid.* VÁZQUEZ PASTOR-JIMÉNEZ, Lucía, “La discriminación en el ejercicio de la patria potestad”, en LÓPEZ DE LA CRUZ/OTERO CRESPO (coords.), *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.805 -832.

⁸³² MUÑOZ CATALÁN, Elisa, “La mujer romana como modelo familiar en el siglo XXI”, en *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, No. 57, Madrid, 2019, pp. 5-14.

⁸³³ TORRES FALCÓ, Marta, “Género y discriminación”, en *Revista El Cotidiano*, No. 134, noviembre-diciembre México DF., 2005, p. 73; RIDAURA MARTÍNEZ, M^a Josefa, “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del tribunal constitucional español”, en M^a Josefa RIDAURA MARTÍNEZ y Mariano J. AZNAR GÓMEZ (Coords.), *Discriminación vs. Diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. pp. 227-235; SERRA CRISTÓBAL, Rosario, “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en *Discriminación vs. Diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, M^a Josefa RIDAURA MARTÍNEZ y Mariano J. AZNAR GÓMEZ (Coords.), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 365 y 366.

⁸³⁴ Comité DESC, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 20.

⁸³⁵ FABREGAT MONFORT, Gemma, *La Discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 14.

estructural⁸³⁶. Las mujeres son excluidas atendiendo a parámetros de desigualdad, arraigados en el desarrollo de una sociedad patriarcal que se basa en estereotipos acrecentados por estrategias de exclusión⁸³⁷.

En este caso, se entiende como discriminación contra la mujer toda exclusión o distinción basada en su sexo, aun cuando pueda verse justificada en las diferencias biológicas existentes entre el hombre y la mujer, prohibiéndose así la discriminación o criterios de selección basados en estereotipos que puedan violar los derechos de igualdad y no discriminación por razón de sexo⁸³⁸.

Un ejemplo de la discriminación por razón de sexo en el ámbito de la contratación privada se evidencia en los contratos de seguros de persona, donde se exigen mayores primas a las mujeres que a los hombres con la justificación de las diferencias existentes entre ambos sexos⁸³⁹. La discriminación estadística en los seguros lesiona el derecho a no ser tratado conforme a estereotipos, las mujeres

⁸³⁶ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, "El impulso de las mujeres en la transformación del Derecho de familia", en LÓPEZ DE LA CRUZ/OTERO CRESPO (coords.), *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 369 y 370; LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M, "Diversidad, feminismo y principio de igualdad", en LÓPEZ DE LA CRUZ/OTERO CRESPO (coords.), *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 18-27.

⁸³⁷ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, "Diversidad y ciudadanía...", *cit.*, p. 1084.

⁸³⁸ ARROYO VARGAS, Roxana, "La igualdad, un camino largo para las mujeres", en AA.VV., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELASCO (editores), 1ª ed., editorial Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, p. 430; WILLIAMS, Joan, "Igualdad sin discriminación", en AA.VV., *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Serie Casandra, Santiago de Chile, 1999, pp. 75-99; ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?", en UASB Digital. Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina, Quito, 2012, p. 13.

⁸³⁹ En cuanto a la discriminación por razón de sexo en el ámbito privado se pronuncia el Tribunal Constitucional español, al declarar válida la regla de la preferencia de los varones sobre sus hermanas en orden a heredar títulos nobiliarios. El Tribunal Constitucional argumenta que el artículo 14 Constitución Española no puede aplicarse en una situación estrictamente privada que afecta en exclusiva a particulares. Ante este fundamento se considera que el caso tiene diversos puntos de conexión con el derecho público, y el principio de igualdad alcanza incluso aspectos de las relaciones entre particulares. *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencia 126/1997, de 3 de julio (BOE núm. 171, de 18 de julio de 1997). De igual forma, respecto al empleo del sexo como causa de discriminación se pronuncia la Sentencia No. 71/2020 del Tribunal Constitucional español en la que se esclarece lo siguiente: "Es necesario recordar, una vez más, que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 14 de la Constitución Española responde a la determinación del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la mitad de la población. Pese a ello, a día de hoy las mujeres aún soportan situaciones de desigualdad y dificultades específicas que se traducen, entre otras consecuencias, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en una mayor dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, particularmente por razón de la maternidad". *Vid.* Tribunal Constitucional español, Sentencia No. 71/2020 de fecha 29 de junio de 2020 (BOE núm. 207, de 31 de julio de 2020).

son relacionadas en los seguros médicos por el hecho de enfermarse más que los hombres⁸⁴⁰.

Esta diferenciación del asegurado basada en el sexo, se establece como una conducta que viola el principio de no discriminación, pues si bien podría encontrarse justificado que las aseguradoras relacionen los costes asociados a conductas imprudentes, como el consumo de alcohol, de tabaco o drogas, el pago diferente por pertenecer al sexo femenino al asociarlo con determinadas dificultades se suma a los estereotipos sociales a los que son sometidas las mujeres a través de una discriminación estructural de un grupo mayoritario, acciones que aun cuando logren erradicarse por completo a través del moderno Derecho discriminatorio, dejarían un lastre significativo por las discriminaciones históricamente sufridas.

La protección de las mujeres frente a la discriminación genera una posición preferente de este derecho fundamental frente a cualquier otro, por lo que solo con argumentos fundamentados se justificaría un tratamiento discriminatorio. Al tratar de analizar uno de estos supuestos, se debe comprobar que existe un fundamento razonable de la diferencia de trato entre dos o más situaciones de hecho semejantes, sin embargo, cuando la diferencia jurídica de trato corresponde a un supuesto de discriminación por razón de género, no basta el canon de la mera razonabilidad, sino que deberá considerarse el criterio de proporcionalidad que acompaña el enjuiciamiento de cualquier límite de un derecho fundamental, o sea, la prohibición de discriminación en sentido estricto⁸⁴¹.

El principio de no discriminación con base al sexo constituye un fuero de discusión constante en el Derecho Internacional, apareciendo por primera vez en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁸⁴², reconociéndose con posterioridad en los Pactos

⁸⁴⁰ AGUILERA RULL, Adriana, *Contratación y diferencia*. Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público”, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 133.

⁸⁴¹ REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio... cit.*, p. 20.

⁸⁴² El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Además, se ratifica la

Internacionales de Derechos Civiles y Políticos; y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, es otro de los instrumentos internacionales que la protegen frente a la distinción. Allí se establece en el artículo 1 que se entenderá como “discriminación contra la mujer” toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. De ahí que puede afirmarse que estos instrumentos reflejan los debates en torno a las tradiciones culturales, familiares y religiosas masculinas realizadas, con frecuencia, a costa de los derechos humanos de las mujeres.

Uno de los primeros instrumentos de igualdad de derechos de la Organización Internacional del Trabajo, fue el Convenio número 100 sobre Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Femenina, cuyo objetivo fue obtener un trabajo de igual valor⁸⁴³. Dicha normativa se relaciona con el Convenio número 111 sobre la discriminación en materia de empleo⁸⁴⁴.

Vinculado a la discriminación por razones de sexo en el ámbito laboral, la Constitución ecuatoriana ha establecido varias normas protectoras para evitar este tipo de manifestaciones. Por ejemplo, en aras de promover la igualdad real en este ámbito, la Carta Magna examina la adopción de medidas de acción positiva con enfoque de género, al regular que el Estado garantizará la representación por igual de hombres y mujeres en cargos públicos⁸⁴⁵. Además,

prohibición de discriminación por razón de sexo, al establecer en su artículo 2 que: “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

⁸⁴³ Convenio No. 100 de la OIT sobre la igualdad de remuneración, Aprobado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 6 de junio de 1951, Berna.

⁸⁴⁴ Convenio número 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, ratificado por Ecuador el 10 de julio de 1962.

⁸⁴⁵ El artículo 65 de la Constitución preceptúa que: “El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y

se promueve la igualdad de género y no discriminación por razón de sexo, al equiparar a las mujeres en el ámbito laboral, prohibiendo toda forma de discriminación directa o indirecta, o cualquier acción de acoso en el trabajo ejercida sobre las mujeres⁸⁴⁶.

En el caso de la discriminación por razón de sexo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no la ha prohibido solo constitucionalmente y en el resto de los cuerpos legales⁸⁴⁷, sino que, además, la Ley de Amparo Laboral, promulgada en 1996, promovió la incorporación de mujeres al mundo laboral por medio de la fijación de cuotas, aunque lamentablemente no se respetaron los mínimos establecidos y la ley fue reformada⁸⁴⁸.

A pesar de ello, tratándose de discriminación, el Código de Trabajo de Ecuador no establece un pronunciamiento específico para este tema, como sí sucede en legislaciones como la española⁸⁴⁹. El caso ecuatoriano extiende su protección solamente ante supuestos como el despido intempestivo, por lo que su reconocimiento alcanza el acceso al empleo, sin reconocer o pronunciarse sobre la discriminación en relación con la remuneración de la mujer respecto del hombre. Siendo así, se protege mediante su articulado otras causales de discriminación reconocidas en la Constitución de 2008 como un supuesto más

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

⁸⁴⁶ Al respecto se pronuncia el artículo 331 de la Constitución ecuatoriana al regular: “El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades. Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo”.

⁸⁴⁷ LANAS MEDINA, Elisa, *La prueba en demandas laborales...*, *cit.*, p. 72.

⁸⁴⁸ La Ley de Amparo Laboral establece que es necesario llevar a la práctica las declaraciones previstas en determinados artículos de la Constitución Política de la República, en los que se garantiza la igualdad de derechos de la mujer con el hombre en el trabajo y propenden a la eliminación del subempleo y del desempleo. *Vid.* Ley de Amparo Laboral, Registro Oficial No. 124, de 6 de febrero de 1997, Reformada con fecha 18 de febrero de 2000, Quito.

⁸⁴⁹ En España, por ejemplo, de acuerdo a las leyes procesales, se establece en el artículo 217.5 todo lo referente a la carga de la prueba, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, correspondiendo al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. *Vid.* Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08/01/2000).

de vulneración de un principio constitucional, sin llegar a brindarle una regulación expresa en su cuerpo normativo⁸⁵⁰.

Se puede mencionar también la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público, mediante la cual se establece la obligatoriedad de la vigencia del contrato de las mujeres hasta que el embarazo llegue a término⁸⁵¹. Sin embargo, de ello puede concluirse que este pronunciamiento solo se realiza con respecto a las servidoras públicas, sin existir una norma similar para el sector privado que proteja en este sentido a las empleadas privadas, que constituyen de igual forma un sector propenso a ser discriminadas, cuando debe primar el respeto por igual de los derechos de las mujeres, tanto en el sector público, como en el privado, ausencia normativa que podría conducir a la existencia de supuestos discriminatorios.

Por otra parte, normas como el Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público reconocen como un principio la equidad de género, definiéndola como la igualdad de oportunidades para mujeres, hombres y personas con opciones sexuales diversas⁸⁵².

De igual manera, no puede dejar de mencionarse la creación y aprobación de la Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género 2014-2017⁸⁵³. En ella se incluyen dentro de sus principales ejes de trabajo el empleo, mediante el cual se promueve la igualdad de oportunidades, tanto para las mujeres productoras

⁸⁵⁰ En el caso de Ecuador, el artículo 195.1 del Código de Trabajo establece: “Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara”. *Vid.* Código del Trabajo de Ecuador. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005.

⁸⁵¹ *Vid.* artículo 1 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el R.O. 78 Primer Suplemento de 13 de septiembre de 2017, Registro Oficial N° 78, sustituye el artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicios públicos, 2010, Registro Oficial Suplemento 294 de 06/10/2010.

⁸⁵² Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, publicado en el Registro Oficial 19, Suplemento de 21 de junio de 2017.

⁸⁵³ Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género 2014-2017, Consejo Nacional de Igualdad de Género. Comisión de Transición para la definición de la Institucionalidad Pública que garantice la igualdad entre hombres y mujeres, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, abril 2014.

del área urbana, como la rural, mediante programas de capacitación que se enfoquen en el liderazgo y la autonomía femenina⁸⁵⁴.

La protección de la mujer a través de preceptos legales dirigidos a erradicar aquellas acciones que conlleven a un trato diferenciado por razón de sexo o por cualquier otro motivo no consentido, constituye una tarea de primer orden del moderno Derecho antidiscriminatorio. La inclusión de la mujer como grupo de especial atención, al representar la mitad de la población mundial, debe realizarse desde una perspectiva interdisciplinaria. El Estado como encargado de aplicar las medidas políticas, debe dirigir las acciones a todos los sectores de la sociedad en el que el resultado sea la “Feminización del Derecho”, y más concretamente del Derecho Privado.

4.2.1. Posición jurisprudencial y estudio de caso

La discriminación por razón de sexo ha encontrado eco en la jurisprudencia ecuatoriana, que en varias de sus sentencias se ha pronunciado sobre el tema⁸⁵⁵.

La Corte Constitucional de Ecuador ha considerado pertinente señalar que: “la jurisprudencia en materia de Derechos Humanos establece que es deber del Estado eliminar cualquier forma de discriminación contra la mujer que impida el libre ejercicio de derechos y obligaciones de esta respecto al hombre”⁸⁵⁶.

De tal forma, la Corte advierte que la mujer presenta una clara situación de desventaja en el ámbito laboral por la discriminación de la que es objeto por razón de su sexo o condición biológica, lo que la coloca en una situación de vulnerabilidad y desigualdad material. Por ello, el sexo es considerado por la

⁸⁵⁴ Cabe resaltar que la terminología que diferencia a hombres y mujeres por razón de sexo o género está muy difundida en la actualidad a partir de la difusión del término inglés *gender*. Si bien la palabra sexo alude a las características físicas y el género a los roles sociales asignados a cada sexo por razones culturales e históricas, en el ámbito jurídico suelen utilizarse ambas expresiones como sinónimos. *Vid.* REY MARTÍNEZ, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación...”, *cit.*, pp. 146 y 147.

⁸⁵⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 751-15-EP/21, Caso 751-15-EP, de fecha 17 de marzo de 2021; Sentencia No. 1894-10-JP/20, Caso 1894-10-JP/20 de fecha 4 de marzo de 2020.

⁸⁵⁶ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No.008-17-SCN-CC, Caso 0175-13-CN, de fecha 13 de diciembre de 2017, p. 12.

Corte como una categoría sospechosa, pues toda diferencia de trato que se base en ella, se ve sometida a un análisis crítico.

De allí que se derive el deber del Estado de ejecutar políticas dirigidas a alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres, a través de acciones confirmatorias amparadas en la ley, como el caso de las llamadas acciones de discriminación inversa, por las cuales se asignan cuotas o privilegios a la mujer para que pueda ocupar los espacios que por su situación desventajosa no puede asumir en condiciones normales⁸⁵⁷. En tal sentido señala también:

“Con la idea de igualdad sustancial, la exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 11 de la Constitución, no se detiene en la mera prohibición, sino que abarca el propósito constitucional de terminar con la histórica situación padecida por la población femenina. Esa decisión autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económico y social”⁸⁵⁸.

“el sexo se configura en los diversos ordenamientos jurídicos como una categoría sospechosa, en el sentido que toda diferencia de trato que se base en ella se ve sometida a un análisis estricto, esto es un análisis que exige un nivel muy alto de justificación”⁸⁵⁹.

A pesar de que la Corte reconoce la necesidad de prohibir la discriminación por motivos como el sexo, ello no significa que no existan diferencias reales basadas en este criterio. La distinción que se realice en ese sentido deberá ser declarada, y argumentada de modo razonable por aquellas personas que tengan interés en su utilización, demostrando que con la diferenciación se busca un fin constitucionalmente justo, y que resulta un medio adecuado para conseguirlo. En tal sentido, se ha pronunciado el Alto foro señalando que:

“Conforme se evidencia de la normativa actual, y del actuar social, la mujer ha ganado espacios en virtud de los cuales se encuentra en situación de igualdad en relación al hombre, y corresponde al Estado, que esta igualdad a su vez sea efectiva, eliminando cualquier rezago de actuaciones desiguales que contribuyan a perpetuar la inferioridad y exclusión, en este caso de la mujer”⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ ARROYO VARGAS, Roxana, “La igualdad, un camino largo...”, *cit.*, pp. 436–442.

⁸⁵⁸ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 292-16-SEP-CC, Caso 0734-13EP, de fecha 7 de septiembre de 2016, p. 25.

⁸⁵⁹ *Idem*, p. 20.

⁸⁶⁰ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No.008-17-SCN-CC, Caso 0175-13-CN, de fecha 13 de diciembre de 2017, p. 12.

En conclusión, con respecto a la discriminación laboral a la cual es sometida la mujer, puede alegarse que el sexo es considerado como una categoría sospechosa, y por ello, cualquier diferencia que se base en esa condición, deberá ser sometida a un examen crítico y riguroso que tome en consideración la indudable situación de desventaja y desigualdad material de las mujeres.

Por esas razones, se extiende como deber primordial del Estado ejecutar políticas públicas y acciones confirmatorias que estén en concordancia con la normativa vigente, que tengan como objetivo alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres para corregir las desigualdades de hecho, y paralelamente, compensar la diferencia sufrida en todos los ámbitos.

A continuación, se exponen algunos de los casos más relevantes presentados ante la Defensoría del Pueblo, que tuvieron gran impacto, no sólo en la comunidad, sino en el ordenamiento jurídico nacional, que muestran ejemplos concretos de discriminación por razón de sexo.

a) La discriminación a la mujer para el acceso a cargos públicos

En fecha 5 de agosto de 2019, Roberto Augusto VELOZ NAVAS, delegado provincial de Pichincha de la Defensoría del Pueblo, y Sergio David PÉREZ PADILLA, servidor público defensorial, presentaron una acción de protección a favor de Mayra Alejandra TASIPANTA CAIZA, concejala del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Mejía (en adelante, “GAD Mejía”). La demanda se presentó en contra de los concejales del GAD Mejía por no haber designado como vicealcaldesa a la única mujer concejala, conforme el principio de paridad⁸⁶¹.

Dentro de los fundamentos alegados por la Defensoría se encuentra la necesidad de equiparar las oportunidades que les han sido históricamente negadas a las mujeres. Una vez analizadas las pretensiones, la Corte Constitucional ecuatoriana mediante el Caso No. 3050-19-EP, expresó que existe un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e

⁸⁶¹ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Caso No. 3050-19-EP, de fecha 4 de febrero de 2020.

inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso.

La decisión de la Corte fue admitir la vulneración del principio de no discriminación, con lo cual determinó que la igualdad real entre hombres y mujeres debe primar en todos los ámbitos, aclarando que deben multiplicarse los mecanismos de acceso de las mujeres a roles usualmente desempeñados por hombres.

De este análisis se colige que la Defensoría del Pueblo aboga por eliminar las formas de discriminación por razón de sexo, identidad de género u orientación sexual, al referir que se deberá asegurar la inserción de estas personas sin ninguna distinción, respetando la libertad del individuo para autodeterminarse.

La Defensoría del Pueblo alegó que la ausencia de una norma jurídica de segundo orden, que regule específicamente el supuesto discriminatorio, no puede argumentarse para desconocer estos derechos, pues la Constitución es de aplicación directa e inmediata. En todos los casos, se establece la obligación del Estado de adoptar medidas encaminadas a condenar y rechazar la discriminación por sexo, identidad de género u orientación sexual de las personas. Por tanto, es deber de todas las entidades públicas y privadas cumplir con el principio de no discriminación.

Notable es la transversalidad del principio de no discriminación en el caso de las mujeres. A ello debe añadirse su interseccionalidad, pues en lo que respecta a las féminas que adoptan conductas sexuales diversas, la discriminación le afecta doblemente por ser homosexuales y ser mujeres. Punto este que desconoce los derechos reconocidos y ganados durante años de lucha y resistencia contra la opresión machista y les niega la condición de iguales a los del sexo masculino.

b) El sexo como causa de discriminación. Análisis de un caso fundado en estereotipos, preconceptos y prejuicios en contra de las mujeres

Se trata de un hecho ocurrido el 2 de febrero de 2015, en el que, la accionante, acudió al Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro Sur Turi-Cuenca (“CRS Turi” o “CRS”) como abogada en libre ejercicio profesional, para prestar patrocinio legal a su cliente que se encontraba privada de libertad y debía rendir

una versión ante la Fiscalía al siguiente día. Sin embargo, los guardias del CRS Turi, con fundamento en la existencia de un protocolo, impidieron el ingreso de la accionante al CRS, debido al vestido que llevaba puesto, lo que impidió que pudiera reunirse con su cliente.

Al día siguiente, la accionante presentó una acción de protección en contra del director del CRS Turi y del delegado regional del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (“Ministerio de Justicia”). La accionante alegó que la negativa de ingreso al CRS Turi con fundamento en su vestimenta vulneró sus derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a una vida libre de violencia, a opinar y expresar su pensamiento, a la libertad de trabajo, a acceder a servicios públicos, presentar quejas, a la imagen y a la defensa.

Respecto a la alegada vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, la accionante manifiesta que, “el sólo hecho de no haberme permitido ingresar porque llevaba puesto un vestido, fue un acto discriminatorio con respecto a las demás personas, hombres y mujeres que no llevaban un vestido (...)”⁸⁶².

Posteriormente, la jueza de la Unidad Judicial Civil de Cuenca (“Unidad Judicial Civil”) declaró sin lugar la acción propuesta, pues consideró que no se vulneraron derechos constitucionales y que no le correspondía “dejar sin efecto el Protocolo o Reglamento (en relación con el protocolo de visitas del CRS), ni pronunciarse sobre su validez”. Contra esta decisión, el 13 de febrero de 2015, la accionante interpuso recurso de apelación ante la Corte Provincial de Justicia del Azuay (“Sala accionada”), que en voto de mayoría, resolvió confirmar la sentencia subida en grado. En lo principal, la Sala accionada no encontró que la accionante fue discriminada o que se hayan vulnerado sus derechos constitucionales.

Frente a esta decisión, la accionante presentó acción extraordinaria de protección alegando que, a su criterio, esta acción es relevante para:

“saber que las mujeres podemos transitar libremente como queramos y no que provocamos a los hombres”, “para saber que las mujeres vivimos en un estado constitucional de derechos”, en el cual “podamos transitar libremente, [...] trabajar libremente, [...] desarrollarnos como nosotras hayamos decidido, con

⁸⁶² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 751-15-EP/21, Caso 751-15-EP, de fecha 17 de marzo de 2021.

vestido o con pantalón corto o largo y que todavía no se nos tenga como en la santa inquisición que éramos nosotras con nuestra vestimenta y nuestro arreglo las que provocábamos a los hombres, eso quiero que se elimine del Estado ecuatoriano”⁸⁶³.

Una vez analizado los hechos y las sentencias, la Corte Constitucional de Ecuador, en su argumentación final concluye de la siguiente forma:

“La forma de vestir constituye una manifestación externa del género de una persona. Esta Corte no puede desconocer que la noción de lo que constituyen las normas femeninas “correctas” de vestirse o expresarse ha sido fuente de discriminación y violencia, incluyendo a quienes no se ajustan a los modelos estereotípicos de lo femenino o de lo que las normas sociales consideran decente para el género femenino. De ahí que la vestimenta, como expresión de género, constituye una categoría con base en la cual se discrimina a las personas, particularmente cuando tal vestimenta no se ajusta a las expectativas o estereotipos sociales de lo que se considera apropiado para determinado género, lo que está fuertemente influenciado por la cultura patriarcal. Además, las normas femeninas “correctas” de vestirse o expresarse son subjetivas y dependen de la discrecionalidad de las personas, sus valores y fuero interno, lo cual es poco predecible y riesgoso”⁸⁶⁴.

Asimismo, el alto foro ha reconocido que:

“Dada la pervivencia de patrones patriarcales en las instituciones y organizaciones públicas y privadas de nuestra sociedad, hay cierta propensión a generar normas formales o aparentemente igualitarias, pero que, al ser aplicadas, sea por su interpretación, por el contexto de su aplicación o por no considerar diferencias legítimas de sus destinatarios, generan discriminación contra las mujeres”.

Tomando en cuenta que en este caso la vestimenta en cuestión era un vestido, y distinguir con base en esta prenda de vestir afecta desproporcionadamente a las mujeres, usando como referencia las categorías ejemplificativas contempladas en el artículo 11.2 de la Constitución, la Corte concluye que en el presente caso la distinción se fundamentó en la categoría sexo. Por ello, declaró la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a acceder a servicios públicos de calidad y a presentar quejas y recibir respuestas motivadas.

Como medidas de reparación integral, la Corte dispuso que el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI) deberá ofrecer disculpas públicas a la abogada en el banner principal en su sitio web institucional y de sus cuentas oficiales en redes sociales

⁸⁶³ *Idem.*

⁸⁶⁴ *Íbidem.*

durante tres meses consecutivos, y que consecuentemente al pedido de disculpas públicas, deberán establecer un hipervínculo de la sentencia en el que se reconozca la práctica discriminatoria cometida en contra de la accionante, asumiendo su responsabilidad respecto de las vulneraciones cometidas a sus derechos constitucionales al impedir el ingreso de la abogada al Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro Sur Turi –Cuenca, con base en estereotipos de género sobre su forma de vestir.

Por último, el SNAI, dentro de seis meses, contados desde la notificación, debe modificar su normativa, “incluyendo el Manual de Gestión y demás protocolos correspondientes”, para que se ajusten al contenido de la sentencia, en lo principal, respecto a toda prohibición sobre el uso de vestimenta para ingresar a los CRS que se fundamente en estereotipos, preconceptos y prejuicios en contra de las mujeres.

4.3. Discriminación por razón de identidad de género u orientación sexual. Panorámica jurídica en el Ecuador

Vinculado a este tema, también se pueden mencionar supuestos de discriminación basados en la identidad de género, definida como la vivencia interna o individual del género sentida por cada persona, la cual, en ocasiones, podría corresponder o no al sexo asignado en el momento del nacimiento, cambiándose la apariencia, ya sea mediante el empleo de otras vestimentas, el modo de hablar, gesticular, así como las transformaciones realizadas en el cuerpo a través de medios quirúrgicos, lo cual se corresponde a un factor sospechoso de discriminación al ser objeto de constantes prejuicios sociales⁸⁶⁵.

Las personas transexuales son las que más sufren este tipo de discriminación⁸⁶⁶, sobre todo, por el hecho de que sus documentos de identificación, en algunos casos, no reflejan el género con el que se representan, siendo juzgados por su

⁸⁶⁵ AA.VV., *Manual de legislación europea contra la discriminación*, 2ª ed., editorial de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Luxemburgo, 2018, pp. 16-23.

⁸⁶⁶ VÁZQUEZ PASTOR- JIMÉNEZ, Lucía, “El transexualismo primario y su contemplación legal en el ordenamiento jurídico español”, en Sandra CAMACHO CLAVIJO, Alejandra DE LAMA AYMÁ (coord.) y Susana NAVAS NAVARRO (dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2012, pp. 703-730.

forma de vestir u obligados a utilizar baños acordes al género con el que nacieron, y no con el que realmente sienten.

Desde la Constitución, también se promueve la incorporación de la perspectiva de género en los planes y los programas realizados por el Estado ecuatoriano, brindando asistencia técnica para su obligatoria participación en el sector público, mediante la formulación y ejecución de políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres a través del mecanismo especializado a través de la ley⁸⁶⁷.

Para garantizar que la igualdad de género se cumpla, se requiere el conocimiento y empleo de mecanismos para la lucha contra la discriminación, como es el caso de las acciones positivas, cuyo objetivo es la eliminación de la discriminación de determinado grupo social⁸⁶⁸. Al respecto, el Estado ecuatoriano ha incorporado varias políticas públicas que promueven la protección frente a la discriminación por razón de género⁸⁶⁹. Ejemplo de ello es el Plan de Igualdad de Oportunidades 2018-2021⁸⁷⁰, o también, el Plan Nacional de Erradicación de la Violencia Intrafamiliar y de Género, hacia la Niñez, Adolescencia y Mujeres⁸⁷¹.

Los supuestos de discriminación sexual no son reconocidos en todos los casos, ya que la actitud ni siquiera es percibida por la mayoría de los sujetos como prácticas discriminatorias, al considerarse aceptables y válidas ante sus ojos⁸⁷². En este ámbito, los supuestos discriminatorios pueden identificarse con las

⁸⁶⁷ El artículo 70 de la Constitución establece que “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”.

⁸⁶⁸ RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 19, Madrid, 1996, pp. 123-140.

⁸⁶⁹ Respecto a la discriminación por razón de género en el Ecuador. *Vid.* CAJAS CARDOVA, Andrea, “Igualdad de género en la constitución ecuatoriana de 2008”, en *Aportes Andinos Revista electrónica de derechos humanos*, No. 29, Sección actualidad, Quito, 2011, pp. 1-12.

⁸⁷⁰ Plan de Igualdad de Oportunidades 2018-2021, Consejo Nacional para la Igualdad de Género, Pasaje Donoso N32-33, Quito, 2018.

⁸⁷¹ Plan Nacional de Erradicación de la Violencia Intrafamiliar y de Género, hacia la Niñez, Adolescencia y Mujeres, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Primera edición, Quito-Ecuador, 2015.

⁸⁷² TORO-ALFONSO, José, “El estado actual sobre discriminación por orientación sexual”, en *Terapia Psicológica*, Vol. 30, No. 2, Santiago de Chile, 2012, pp. 71-76.

acciones de menosprecio, rechazo o valoraciones prejuiciosas realizadas a una persona como resultado de su orientación sexual.

En ocasiones, la causa de discriminación en el mercado laboral es la percepción de inconformidad con la heteronormatividad (creencia social en la que ser heterosexual es considerado lo normal). El temor de sufrir la discriminación y acoso laboral conlleva a que muchas personas con orientaciones de género, oculten su verdadera identidad bajo los cánones preestablecidos por la sociedad. Es por ello que se protege el derecho de las personas con cambio de sexo a inscribir su identidad en el registro correspondiente a través de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, la que incluso regula que la captura de la fotografía para la cédula de identidad se realizará respetando la identidad de género que voluntariamente ha elegido la persona⁸⁷³.

De acuerdo a lo analizado, la lucha para erradicar las formas de discriminación por identidad de género u orientación sexual, encuentran amparo doctrinal y legislativo en los instrumentos internacionales y normas nacionales. Sin embargo, aun con el reconocimiento legal, la realidad muestra que siguen existiendo situaciones de discriminación que requieren de la adopción de medidas de acción positiva que no atiendan solamente el concepto de igualdad formal, sino además las particularidades de la discriminación por sexo, identidad de género u orientación sexual, medidas que conllevan a la consideración de las estructuras sociales de poder que benefician a un grupo más que a otro.

4.3.1. Protección judicial y estudio de casos

Conforme a las declaraciones expuestas por la Corte Constitucional ecuatoriana, la discriminación por razón de género se configura como una discriminación estructural arraigada en la sucesión histórica de supuestos discriminatorios a la mujer, constituyéndose imprescindible, tal como ha declarado el fuero constitucional, la adopción de medidas afirmativas encaminadas a eliminar, o al

⁸⁷³ Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles de fecha 4 de febrero de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 684, Segundo Suplemento, Quito, 04 de febrero de 2016.

menos limitar, el flagelo de los derechos vulnerados, con el objetivo de alcanzar la igualdad real entre géneros.

El alto foro respecto a la discriminación por razón de identidad sexual adquiere una interpretación mucho más efectiva, lo que se evidencia en el caso presentado por dos personas del mismo sexo ante la negativa de inscripción de la unión de hecho, en la que ha referido que la interpretación restrictiva del derecho de las personas a formalizar matrimonio constituye una diferencia que discrimina.

“Debería entenderse que la exclusión del matrimonio de personas del mismo sexo persigue como fin la protección de la familia y esto, en una Constitución que protege a la familia “en sus diversos tipos”, no podría considerarse un fin constitucionalmente válido. La Constitución, al garantizar la igualdad y prohibir la discriminación, no justifica la exclusión de las parejas del mismo sexo como un fin para proteger al matrimonio y a la familia”⁸⁷⁴.

Si se intenta encontrar un hilo conductor entre los criterios de la Corte, puede afirmarse que esta reconoce la aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y otros de derechos humanos que promueven la no restricción de derechos. Por consiguiente, de acuerdo a la interpretación jurisprudencial, los derechos reconocidos en esos instrumentos forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Del análisis de los criterios de la Corte, puede sostenerse que uno de los temas más acuciantes en cuestiones de discriminación, continúa siendo la orientación sexual⁸⁷⁵. Es decir, la discriminación que sufren tanto las mujeres como los hombres, por ser lesbianas, *gays*, *trans*, en razón de su identidad de género y orientación sexual. En relación a ello, la Corte ha afirmado:

“Es claro que la identidad de género forma parte del núcleo duro de la identidad personal, pues a través de dichas expresiones un ente llega a ser lo que desea, fiel a sus íntimos sueños y aspiraciones de vida personal y familiar. Es pues, a partir de la identidad personal que el individuo planifica y construye un proyecto de vida, entendiéndolo como libertad fundamental de realización particular en función de opciones identitarias: El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las

⁸⁷⁴ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), Caso No. 11-18-CN, de fecha 12 de junio de 2019, p. 23.

⁸⁷⁵ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, La protección constitucional de la familia, en *FORO, Revista de Derecho*, No. 5, UASB-Ecuador, CEN, Quito, 2006, pp. 149-162; VÁZQUEZ PASTOR- JIMÉNEZ, Lucía, VÁZQUEZ PASTOR- JIMÉNEZ, Lucía, “El interés superior del menor...”, *cit.*, pp. 7 y 8.

opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial⁸⁷⁶.

De igual forma, para el análisis de estos casos, la Corte Constitucional considera la orientación sexual como una categoría sospechosa, que constituyen una expresa prohibición de distinción, exclusión o restricción, cuyo resultado es el menoscabo o anulación en el reconocimiento, goce o anulación de un derecho en cualquier esfera de la vida. De esta forma, cualquier medida que traiga consigo la exclusión de personas o grupos GLBTI, requiere una mayor fundamentación con el objetivo primordial de demostrar que la medida adoptada busca proteger la igualdad de derechos y no su vulneración.

Siguiendo ese orden, la Corte también deja claro que la discriminación por motivos de orientación sexual debe ser atendida como una obligación no solo por las entidades públicas, sino también por las entidades privadas. En ese sentido expresó:

“Queda establecido la importancia para la materialización de la igualdad formal y material, la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual, al constituirse como categoría sospechosa, lo cual demanda de las entidades públicas y privadas una especial atención⁸⁷⁷”.

De allí que pueda concluirse de los argumentos jurisprudenciales expuestos que la discriminación por razón de orientación sexual continúa siendo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a pesar de las regulaciones normativas y decisiones jurisprudenciales, uno de los motivos más frecuentes de discriminación. De allí que, siguiendo los pronunciamientos de la Corte, la identidad de género se considere como aquella expresión legítima de la personalidad de cada persona, con reconocimiento y protección constitucional, garante de la no discriminación, con el objetivo de que las posibilidades de vida de estas personas se desarrollen en igualdad de condiciones, sin que puedan ser objeto de prohibiciones o limitaciones injustas que no permitan el goce de

⁸⁷⁶ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 133-17-SEP-CC, Caso No. 0288-12-EP, de fecha 10 de mayo del 2017, p. 36; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú: Sentencia de 27 de noviembre de 1998: reparaciones y costas”.

⁸⁷⁷ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Caso No. 1692-12-EP, de fecha 29 de mayo de 2018, p. 76.

una equidad social en diversidad, todo lo cual debe aplicarse tanto a las relaciones de carácter vertical como horizontal.

Siguiendo con el orden, se expondrán a continuación algunos de los supuestos más importantes que fueron presentados ante la Defensoría del Pueblo, los cuales traen a colación ejemplos de la praxis discriminatoria de la que fueron objeto varias personas.

a) La orientación sexual como causa de discriminación: Un análisis de caso en el ámbito deportivo

El caso que se narra ocurrió en el Torneo de Indorfútbol femenino en la Liga Deportiva Barrial La Floresta, en el cual las integrantes del Club Guipúzcoa enfrentaron actitudes discriminatorias, violencia verbal y psicológica por parte de otras jugadoras y de los representantes de otros equipos de la Liga, por razones de identificación sexual de la mayoría de las integrantes, las que se declaran como lesbianas. El supuesto ocurre en el año 2009, cuando en el transcurso del torneo, los acosos y la violencia contra las jugadoras se acrecentó; y en una de las jornadas deportivas, se filmó a dos de las jugadoras dándose un beso en público. Por esta razón, en el mes de julio del propio año, se desarrolló una Junta Extraordinaria de la Liga, convocada para tratar lo ocurrido, tema que provocó que durante la sesión se manifestaron actitudes y lenguajes ofensivos y discriminatorios que lesionaron la dignidad de las integrantes del club Guipúzcoa. Finalmente, en la junta resolvieron su expulsión.

El caso, tramitado en el Expediente No. 44487-2009⁸⁷⁸, se resolvió bajo la consideración del Tribunal de que el Ministerio del Deporte debería promover la aceptación en las diversas ligas deportivas nacionales, provinciales, cantonales y parroquiales del derecho a las personas, grupos de personas y clubes deportivos u organizaciones de esta índole, a la práctica del deporte sin discriminación alguna. Sin embargo, a pesar de la Resolución favorable del Tribunal, el Comité de la Liga Deportiva Barrial desacata la Resolución superior e impide la inscripción del Club al que pertenecen las accionantes.

⁸⁷⁸ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Expediente No. 44487-2009.

Las peticionarias interpusieron acción de protección en contra de las actuaciones discriminatorias de la Liga Barrial La Floresta, por lo que la Defensoría del Pueblo interviene en calidad de *amicus curiae*. El tribunal de segunda instancia ratificó la vulneración del derecho de toda persona al goce y ejercicio de los derechos constitucionales sin discriminación alguna. En la ocasión fueron alegados como derechos quebrantados la igualdad y la no discriminación, el derecho al deporte y a la recreación, el derecho a la integridad personal, a una vida libre de violencia, el derecho a la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

Los argumentos principales expuestos se basaron fundamentalmente en tres aspectos:

- De acuerdo a lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Por tal razón, cualquier persona podrá invocar todos los derechos y libertades reconocidas, condenándose todo tipo de discriminación realizada en contra de las mujeres en todas sus formas por considerarse incompatible con la dignidad humana y con el bienestar de la familia y de la sociedad.
- El derecho a acceder y participar del espacio público como espacio de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de igualdad en la diversidad.
- El derecho a la integridad personal y a una vida libre de violencia.

Bajo estos argumentos, la petición fue aceptada, comprobándose, a lo largo de la investigación defensorial, la afectación y vulneración a la igualdad formal, igualdad material, y discriminación lesbofóbica en contra de las integrantes del Club Guipúzcoa. Al respecto se observa que, la distinción de trato que se le dio a las integrantes del Club Guipúzcoa por su orientación sexual, no tiene justificación objetiva, razonable y legítima puesto que las expresiones públicas de afectos humanos están garantizadas en la Constitución, cualquiera que sea la orientación sexual de la persona.

Con base en las decisiones del caso, se creó un criterio jurisprudencial para la defensa de los derechos de personas y grupos discriminados por su orientación sexual, estableciéndose que ningún derecho puede ser menoscabado en este

sentido. Notable resulta el hecho de que esta forma de discriminación se expresa en su dimensión múltiple, es decir, no solo afecta a quienes tienen una orientación sexual no heterosexual, sino que afecta la condición femenina de las personas vulneradas.

En tal sentido, atinada fue la postura de la Corte en la protección de los derechos de las personas discriminadas, empleando el Derecho como instrumento de cambio social para la promoción de conductas inclusivas y respetuosas de quienes asumen comportamientos diferentes que no son lesivos a los intereses generales.

b) La unión de hecho homosexual, un ejemplo de discriminación a pesar de su legalidad

Otro de los casos al que se puede hacer alusión, es el presentado por dos mujeres lesbianas, las cuales habrían mantenido una unión de hecho debidamente notariada en el Ecuador. Una de ellas es de nacionalidad venezolana, quien después de iniciar el respectivo proceso de naturalización, solicita la inscripción de la unión de hecho contraída. Sin embargo, el Ministerio de Relaciones Exteriores se negó a aceptar la declaración juramentada de unión de hecho por haberse realizado mientras la ciudadana venezolana se encontraba en calidad de turista en el país, lo cual no está contemplado como motivo para desechar el trámite según la ley. Adicionalmente, las peticionarias solicitan que se inscriba la unión de hecho en la Dirección de Registro Civil, de manera que el estado civil de la ciudadana ecuatoriana cambie de “Soltera” a “Unión de hecho”, a lo que se ha negado dicha institución.

El caso fue atendido por la Defensoría del Pueblo conforme al expediente No. 48219-2010⁸⁷⁹, en el que se alegaron como principales argumentos el reconocimiento expreso que hace la Constitución ecuatoriana a la unión de hecho como la unión estable y monogámica de dos personas.

Se interpreta así que esta regulación jurídica incluye a todas las personas sin distinción alguna, incluyendo también a las parejas homosexuales. Por tales

⁸⁷⁹ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Expediente No. 48219-2010.

razones, el tribunal revocó la sentencia apelada y aceptó la pretensión de las accionantes representadas por la Defensoría del Pueblo, ordenando el registro y reconocimiento inmediato de la unión de hecho.

Del análisis hasta aquí realizado, se concluye que, con la negativa legal de impedir la inscripción de la unión de hecho en la Dirección de Registro Civil, se vulneraron el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la dignidad humana⁸⁸⁰. Por ello, es evidente que, bajo el argumento de un tecnicismo legal, se haya pretendido transgredir el principio constitucional de igualdad y no discriminación, en el que todos los funcionarios encargados procuraron defender la pureza de la institución matrimonial a costa del derecho a la igualdad, la libertad y el trato digno de sujetos de género diverso, derechos que finalmente fueron debidamente tutelados por la Corte Constitucional.

c) Un supuesto de discriminación derivada de la unión de hecho homosexual en Ecuador

Caso similar se presentó por una persona residente en Galápagos quien mantuvo una unión de hecho legalizada con su pareja del mismo sexo, la que, presentó a la Defensoría del Pueblo una petición, en cuanto el Comité de Calificación y Control de Residencia del Consejo de Gobierno de Galápagos le había negado la petición de residencia de su pareja, alegando como razones que la misma era de su mismo sexo.

Ante esta negativa, presentaron recurso de reposición que no fue resuelto en casi un año, aun y cuando la ley establece que se reconocerá la residencia permanente a los ecuatorianos o extranjeros que tengan legalizada su permanencia en el país, siempre que mantengan una relación conyugal o unión de hecho reconocida.

Dentro del expediente No. 130-2012 por el que se le dio solución al caso, se expusieron como argumentos los siguientes⁸⁸¹:

⁸⁸⁰ Este criterio es sostenido por la Corte posteriormente. *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, No. 133-17-SEP, Caso No. 0288-12-EP, de fecha 10 de mayo del 2017.

⁸⁸¹ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Expediente No. 130-2012.

a) Nadie puede ser discriminado y disminuido en sus derechos en razón de su orientación sexual, por lo que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa y respetar los derechos humanos garantizados en la Constitución y tratados internacionales como normas de directa e inmediata aplicación.

b) La negativa de reconocer la residencia responde a una discriminación en razón de la orientación sexual de los solicitantes, ya que la unión de hecho está reconocida por la ley y la Constitución como razón para obtener dicha residencia.

Ante ello, el Juez Primero de Garantías Penales de Galápagos acepta la acción de protección y dispone al Presidente del Comité de Calificación y Control de Residencia del Consejo de Gobierno de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, que convoque a reunión extraordinaria dentro del plazo de 30 días, a fin de que otorguen la residencia permanente a la peticionaria, invocándose como derechos vulnerados la igualdad y el principio de no discriminación.

Como puede apreciarse, a pesar de la regulación constitucional expresa del principio de no discriminación por razones de orientación sexual, este sigue siendo un criterio discriminatorio, que cuando no es respetado, como el caso en análisis, vulnera la identidad de género como expresión genuina de la dignidad humana, derecho que tiene en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una protección especial de garantía que permite el goce de una equidad social en diversidad.

d) Las trabas discriminatorias para la filiación de la descendencia de parejas homosexuales. Estudio de un caso

Ante la Corte Constitucional del Ecuador se presentó una acción de protección fundamentada en un supuesto de *amicus curiae*, en el que se negó la inscripción de una niña menor de edad a dos mujeres lesbianas, quienes habían conformado una familia procedente de una unión de hecho por más de diez años. La unión fue formalizada en Reino Unido en el año 2010 y posteriormente, en Ecuador en el año 2011. En la ocasión, las recurrentes alegaron que la Constitución

ecuatoriana de 2008 no niega en ninguno de sus preceptos la maternidad o paternidad a las parejas homosexuales.

Consecuentemente, las accionantes impugnaron la primera decisión y la Corte Constitucional, mediante la Sentencia No. 184-18-SEP-CC⁸⁸², concluyó que la Sala Provincial omitió su obligación de realizar un análisis profundo respecto a la existencia o no de la vulneración de derechos constitucionales por parte de la institución accionada, que debió actuar con la debida diligencia en la sustanciación de la presente causa, en correspondencia a lo consagrado tanto en la Constitución de la República, como en la jurisprudencia emitida por el máximo órgano de justicia constitucional.

La Corte determinó que la primera sentencia viola los derechos constitucionales de las accionantes al no realizar un acto de interpretación intelectual que verifique la existencia o no de derechos constitucionales vulnerados. Al respecto, fue criterio del Alto Foro que el interés superior del niño constituye un requisito *sine qua non* que debe ser considerado en la adopción de decisiones administrativas, legales o de cualquier otra índole en el que se determinen derechos y garantías, lo que implicó que, al negarle la inscripción a la menor, se vulneró este principio universal.

Los funcionarios del Registro obviaron que la inscripción no es un acto potestativo de una institución, sino que nace del inexorable vínculo jurídico entre una persona y el Estado de la que es originaria. De esta forma, la Corte declaró sin efectos la sentencia impugnada, determinó la adopción de una investigación para identificar las responsabilidades de los implicados, y declaró la obligación de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación de inscribir a la menor.

En el caso, los ribetes de la discriminación se complejizan porque atacan fundamentos de la Constitución y de los derechos humanos. Al respecto, una postura ideológica como el machismo y la intolerancia, no pueden ser el

⁸⁸² *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Caso No. 1692-12-EP, de fecha 29 de mayo de 2018, p. 9.

argumento que niegue el derecho de cualquier persona a su identidad y al pleno reconocimiento de su personalidad.

Del análisis del caso se concluye que la dignidad y la igualdad deben ser interpretadas de forma conjunta como principios rectores del ordenamiento jurídico, de los cuales depende el respeto, la protección y la garantía de los demás derechos sin exclusiones abusivas o arbitrarias. Tal es así que la dignidad, estrechamente ligada también a la intimidad de la persona, debe ser protegida desde la igualdad en las relaciones externas que estas mantienen en la sociedad con el Estado, pero que, de igual forma, deben ser respetadas en supuestos de relaciones horizontales que puedan derivarse de relaciones entre dos sujetos de Derecho privado.

e) La identidad de género y el acceso a la educación. Un ejemplo de discriminación que pone en pugna ambos derechos

El caso que a continuación se expone deriva de un supuesto de discriminación por identidad de género, en el que el Colegio Fiscal Mixto Nocturno, Fuerte Militar Huancavilca de Guayaquil, le negó la inscripción a una persona transexual de identidad de género femenina. Esta institución basa sus argumentos en que, en la cédula de identidad de la estudiante, se refleja el sexo masculino, por lo que deberá comportarse como tal o el colegio negará su inscripción, vulnerándose con ello no solo el derecho a la igualdad y la no discriminación, sino también los derechos fundamentales a la identidad personal y colectiva, así como a la educación.

Los principales argumentos que se expusieron por parte de los accionantes se enfocaron en la vulneración de los derechos constitucionales a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación por identidad de género, provocada por la vulneración de las autoridades del plantel y de sus obligaciones como institución educativa.

Después de las valoraciones del caso contenido en el Expediente No. 14339-2012⁸⁸³, la solución resultó a favor de la estudiante, la que fue matriculada en la

⁸⁸³ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Expediente No. 14339-2012.

escuela, permitiéndosele mostrar libremente su identidad de género, con lo cual se concretó una decisión positiva de la institución encargada de velar por los derechos de la estudiante.

En el caso se tomó en consideración de igual forma, que el completo ejercicio y goce de los derechos no se agotaría en que la estudiante fuera aceptada en la institución, sino que, además, requería que fuera admitida, manteniendo las características y condiciones propias de su identidad de género.

De lo anterior puede apreciarse que la discriminación adquiere una dimensión múltiple y se extiende a la vulneración de realización de otros derechos, como sucede con el derecho a la educación. En todo caso, la igualdad y la no discriminación son derechos subyacentes que filtran el contenido y realización de los restantes derechos reconocidos en la Constitución.

f) La identidad de género en el escenario registral. Resistencia al cambio en clave de discriminación

El 25 de agosto de 2011, el señor Bruno Paolo Calderón de nacionalidad ecuatoriana, acudió a la Defensoría del Pueblo del Ecuador, requiriendo la intervención ante las actuaciones de la Dirección General de Registro Civil, por cuanto esta no procedió con el cambio de sexo en su registro de identificación de femenino por el de masculino, acción que llevó a cabo en pleno ejercicio de su derecho a la identidad y autodeterminación personal.

En cuanto a los hechos, el 17 de agosto de 2011, se marginó la inscripción de nacimiento del señor Bruno Paolo Calderón, procediendo con el cambio de su nombre, de Karla Paola Calderón Pazmiño, al de Bruno Paolo Calderón Pazmiño. Sin embargo, no se rectificó el cambio de su sexo de femenino a masculino, pese a la resolución emitida el 26 de febrero de 2011 por la Dirección Provincial de Registro Civil de la provincia de Manabí. Al respecto, la Dirección General de Registro Civil alegó que no es procedente el cambio de sexo en la inscripción de nacimiento. Ante la negativa por parte de la referida entidad, se interpuso una acción de protección con la finalidad de que se reconocieran los

derechos del señor Calderón y se dictasen las medidas respectivas para reparar los derechos vulnerados.

En el caso se identifican como vulnerados por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia No. 133-17-SEP⁸⁸⁴, el derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual; la igualdad formal, material y la no discriminación; y el libre desarrollo de la personalidad humana. En tal sentido, la identidad de género, como expresión legítima de la personalidad humana, recibe protección constitucional de no discriminación y de garantía, con el objetivo de que las opciones de vida de estas personas se desarrollen en igualdad de condiciones, sin ser objeto de restricciones abusivas o arbitrarias que no permitan el goce de una equidad social en diversidad.

Por último, no debe olvidarse que el sexo se convierte en el núcleo del derecho a la identidad, es así que una determinación errónea del mismo conllevaría a que la vida de las personas se vea seriamente afectada por una afirmación alejada de la realidad que vulnera el libre desarrollo de la personalidad de manera general. La Corte, tomando en consideración la delicada situación de las poblaciones *trans*, quienes actualmente sufren discriminación por razones de construcción social de estigma a las diversidades sexuales y de género, determinó, tomando en consideración que se trata de un hecho relevante para la justicia constitucional, que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, margine en la inscripción de nacimiento del señor Bruno Paolo Calderón Pazmiño, el cambio de sexo de femenino a masculino.

Como colofón, la Corte dispuso que la Asamblea Nacional en el plazo no mayor al de un año contados desde la notificación de esta sentencia, adopte las disposiciones legales necesarias para regular el procedimiento de cambio de sexo de personas transexuales, observando los criterios vertidos por esta Corte en el análisis de los derechos constitucionales al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal.

⁸⁸⁴ Sentencia No. 133-17-SEP, Caso No. 0288-12-EP, de fecha 10 de mayo del 2017.

En síntesis, puede concluirse que, efectivamente, la orientación sexual sigue siendo un criterio discriminatorio en Ecuador, a pesar de su reconocimiento constitucional, mediante el cual los derechos deben ser ejercidos por todas las personas en condiciones de igualdad, independientemente de sus características personales. Siendo así, el principio de no discriminación deberá tener una proyección no sólo en el ámbito de las relaciones de Derecho Público, sino también en las de Derecho Privado.

4.3. Discriminación por razón de discapacidad. Su examen en el contexto jurídico ecuatoriano

La discriminación por discapacidad es una de las causales más recurrentes en cuanto a las acciones discriminatorias y, en consecuencia, se prevé en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Ello se debe a la protección constitucional de que gozan cada vez más las personas con discapacidad⁸⁸⁵. Conviene entonces, antes de adentrarnos en los supuestos discriminatorios al respecto, definir lo que se entiende por discapacidad.

⁸⁸⁵ En este sentido, la estructura jurídica de protección contra la discriminación de las personas con discapacidad, tiene respaldo normativo internacional, regional y nacional. El en orden internacional destaca la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículos 1; 7 y 25); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 2; 2.1 y 3); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 12); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo de 2006.

En el ámbito regional europeo destacan, del Consejo Europeo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (artículo 14) y la Carta Social Europea 1996 (artículo 15); Directiva 2000/78/CE, Del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por su parte, en el ámbito regional americano resultan significativas la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo 16); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, o Pacto de San José (artículo 24); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, revisado y ampliado en 1996, o Protocolo de San Salvador (artículo 18); Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia de 2003 (artículo 1.1); Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad de 1999.

En el ámbito nacional, las constituciones reflejan ampliamente la protección contra la discriminación de las personas discapacitadas. En el ámbito europeo, la Constitución de la República italiana de 1947 (artículo 3); Constitución de la República Portuguesa de 1976 (Ley 38/2004, de 18 de agosto, por la que se Define las Bases Generales del Régimen Jurídico de la Prevención, Habilitación, Rehabilitación y Participación de la Persona con Discapacidad); la Constitución del Reino de España de 1978 (Título II, Capítulo II, artículo 14). Mientras en el entorno americano, la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 (Título II, Capítulo I, artículo 13); Constitución Política del Perú de 1993 (artículos 2 y 23); Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (Título III, Capítulo I, artículo 21.1; Título III, Capítulo V, artículo 89. 5); Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009

En tal sentido, la Real Academia de la Lengua española define la discapacidad como la cualidad de discapacitado; es decir, aquella persona “que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas”⁸⁸⁶. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud la define como toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano⁸⁸⁷.

La discapacidad de una persona puede provenir de diferentes causas, abarcando cualquier dificultad física, psíquica, sensorial o todas, o varias de ellas combinadas, que hacen a la persona naturalmente incapaz para la realización de alguna actividad, varias, o casi todas las que son comunes al resto de sus congéneres. La discapacidad puede también asociarse a la edad, bien porque se trate de una persona muy joven, sin suficiente madurez, o porque la avanzada edad le haya privado de aptitudes físicas o psíquicas⁸⁸⁸.

En términos médicos, la discapacidad es la ineptitud de una persona para el movimiento, la comunicación, para ver o escuchar, para atender su propio cuidado, entre otras actividades. Esta definición ha sido superada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporando un nuevo enfoque social de la discapacidad⁸⁸⁹.

Según el modelo seguido por la Convención, las causas de la discapacidad no son las que se habían entendido en un primer momento como meras limitaciones

(Título II, Capítulo I, artículo 14); Constitución de la República del Ecuador de 2008 (Título I, Capítulo I, artículo 3.1; Título II, Capítulo I, artículo 11.2; Título II, Capítulo III, Sección VI, artículo 35; pp. 4-49).

⁸⁸⁶ Diccionario de la Lengua, Real Academia Española, tomo 1, 22 edición, editorial Espasa Calpe SA, Madrid, 2001, p. 1180.

⁸⁸⁷ Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución No. 37/52 (inciso c – definiciones 6-7-8), 3 de diciembre de 1982, Ciudad de Guatemala.

⁸⁸⁸ VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, en *Revista IUS*, Vol. 4, No. 26, Puebla, julio 2010, p. 40; JIMÉNEZ LARA, Antonio, “Personas con discapacidad y discriminación múltiple en España”, editorial Observatorio Estatal de la Discapacidad.- Universidad de Extremadura, 2013, pp.5-10; GARCÍA-VÁSQUEZ, Eduardo, “La discriminación por discapacidad como tema emergente en el contexto de los movimientos sociales contemporáneos”, en *Revista Facultad de Medicina*, vol. 63, Bogotá, 2015, pp. 156–158, VIVAS TESÓN, Inmaculada, *La dignidad de las personas con discapacidad*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, p. 200.

⁸⁸⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

físicas o mentales de la persona, tal cual las entendía el modelo médico-económico⁸⁹⁰; sino de tipo social, dado que la sociedad se ha concebido de modo opresivo para los discapacitados, y no como espacio de convivencia para todas las personas. Este punto de partida permite un nuevo enfoque donde estas personas pueden disfrutar de una plena participación social a través de la valoración y respeto de sus diferencias⁸⁹¹.

En correspondencia con lo anteriormente expresado, la discapacidad es entendida como la desventaja causada por una deficiencia a nivel de persona que le impide la realización de determinadas actividades propias de una persona normal. La esencia de la discapacidad no se encuentra en la limitación personal, sino en aquellas dificultades sociales que tiene que superar. En este sentido, se evidencia que el trato jurídico idéntico a los discapacitados y no discapacitados, sin prestar atención diferente y específica a la superación de las dificultades que recaen sobre las personas con limitaciones, solo traería consigo una discriminación indirecta.

Si vinculamos el tema de la discapacidad con la discriminación, puede decirse entonces que discriminación por discapacidad es el conjunto de actos dirigidos a menoscabar o denigrar los derechos de las personas con discapacidad para el ejercicio de determinadas acciones. Siendo así, la discriminación por discapacidad comprende todos aquellos actos de menosprecio, limitación o

⁸⁹⁰ Entiende que la discapacidad obedece a causas individuales y médicas y que por ello toda persona con discapacidad debe ser rehabilitada de modo que pueda ejercer normalmente su función en la sociedad. CENDRERO UCEDA, Luis Alejandro, "La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral", *Tesis para optar al grado de Doctor*, Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, 2017, pp. 33–37; QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, "Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad", en AA.VV., *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 205-245; TUSET DEL PINO, Pedro, *Diccionario Legal de las Minusvalías*, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2005, p. 425; GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos, "El concepto jurídico laboral de discapacitado", en AA.VV., *Relaciones laborales personas con discapacidad*, editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 29–87.

⁸⁹¹ GUILARTE MARTÍN CALERO, Cristina, "La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera", en *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre Discapacidad*, editorial Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 65; CENDRERO UCEDA, Luis Alejandro, "La discapacidad como factor de discriminación...", *cit.*, pp. 36 y 37; VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Derechos en serio y personas con discapacidad: Una sociedad para todos, relaciones Laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 372.

exclusión que sufren algunos grupos específicos de personas que tienen algún tipo de discapacidad⁸⁹².

En cuanto a los instrumentos jurídicos internacionales sobre la protección de las personas con discapacidad, se pueden citar las convenciones, tanto de Naciones Unidas, como de la Organización de Estados Americanos y la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Ecuador el 4 de marzo de 2008. Todos estos instrumentos, a partir de su entrada en vigor, se convierten en vinculantes y por ello, de obligatorio cumplimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el objetivo de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, así como promover el respeto a su dignidad inherente.

Por su parte, la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad⁸⁹³, ratificada por Ecuador en marzo de 2004, obliga a los estados partes a adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, con la finalidad de eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena inclusión.

En el caso de Ecuador, el Estado comienza a realizar cambios dirigidos a garantizar el ejercicio y derechos de las personas con discapacidad, mediante la generación de un marco normativo especializado y la creación de políticas públicas, teniendo como máximo referente la Constitución de la República aprobada en el año 2008. De esta forma, se establecen diferentes preceptos en la Ley de leyes, destinados a garantizar políticas de prevención de las discapacidades, procurando, de forma conjunta con la sociedad y la familia, la

⁸⁹² VERDUGO, Miguel Ángel, *et. al.*, *Definiciones sobre discapacidad en España, un análisis de la normativa y la legislación más relevante*, Servicios de la Información sobre la discapacidad, 2011, pp. 8-15; CENDRERO UCEDA, Luis Alejandro, “La discapacidad como factor de discriminación...”, *cit.*, p. 37; PALACIOS ZULOAGA, Patricia, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, 1ª ed., LOM Ediciones Ltda, Santiago de Chile, 2006, pp. 29–35.

⁸⁹³ Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, Aprobada por la Organización de Estados Americanos, firmada por Ecuador el 8 de junio de 1999 y ratificada el 1 de marzo de 2004, Ciudad de Guatemala.

equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social mediante el reconocimiento de varios derechos⁸⁹⁴.

El Estado también tiene la obligación de adoptar medidas a favor de estas personas que le aseguren entre otros: la inclusión social; el desarrollo de programas y políticas dirigidas a fomentar su esparcimiento y descanso; la participación política; el establecimiento de programas especializados para la atención integral de personas con discapacidad severa y profunda, que le permitan alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad; el fomento de su autonomía; la garantía del pleno ejercicio de sus derechos, entre otros. Para ello, además se sanciona el abandono de estas personas, y los actos de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación en razón de su discapacidad⁸⁹⁵.

⁸⁹⁴ *Vid.* artículo 47 de la Constitución que establece en su primer párrafo: “El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social”, reconociendo para estas personas en el segundo apartado del artículo, entre otros, los siguientes derechos: 1. La atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas. 2. La rehabilitación integral y la asistencia permanente, que incluirán las correspondientes ayudas técnicas. 3. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos. 4. Exenciones en el régimen tributario. 5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades. 6. Una vivienda adecuada, con facilidades de acceso y condiciones necesarias para atender su discapacidad y para procurar el mayor grado de autonomía en su vida cotidiana. 7. Una educación que desarrolle sus potencialidades y habilidades para su integración y participación en igualdad de condiciones. 8. La educación especializada para las personas con discapacidad intelectual y el fomento de sus capacidades mediante la creación de centros educativos y programas de enseñanza específicos. 9. La atención psicológica gratuita para las personas con discapacidad y sus familias, en particular en caso de discapacidad intelectual. 10. El acceso de manera adecuada a todos los bienes y servicios. 11. El acceso a mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación, entre ellos el lenguaje de señas para personas sordas, el oralismo y el sistema braille.

⁸⁹⁵ *Vid.* artículo 48 de la Constitución de Ecuador.” El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren: 1. La inclusión social, mediante planes y programas estatales y privados; coordinados, que fomenten su participación política, social, cultural, educativa y económica; 2. La obtención de créditos y rebajas o exoneraciones tributarias que les permita iniciar y mantener actividades productivas, y la obtención de becas de estudio en todos los niveles de educación; 3. El desarrollo de programas y políticas dirigidas a fomentar su esparcimiento y descanso; La participación política, que asegurará su representación, de acuerdo con la ley; 5. El establecimiento de programas especializados para la atención integral de las personas con discapacidad severa y profunda, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, el fomento de su autonomía y la disminución de la dependencia; 6. El incentivo y apoyo para proyectos productivos a favor de los familiares de las personas con discapacidad severa; 7. La garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. La ley sancionará el abandono de estas personas, y los actos que incurran en cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad”.

En el caso de las personas y las familias que cuiden a personas con discapacidad que requieran atención permanente, estas serán cubiertas por la Seguridad Social y recibirán capacitación periódica para mejorar la calidad de la atención que reciben⁸⁹⁶.

En lo que se refiere a la protección de estas personas desde el ámbito laboral, se garantiza la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. En tal sentido, se prohíbe la disminución de la remuneración del trabajador con discapacidad, por cualquier circunstancia relativa a su condición⁸⁹⁷.

Por último, no puede dejar de mencionarse la Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades 2017-2021, con 12 ejes articulados en estrategias dirigidas a la prevención de los factores de riesgo que generan discapacidad, la mejora del acceso a los servicios de salud, la protección integral y la seguridad social, así como el acceso a insumos médicos entre otras⁸⁹⁸.

En conclusión, una de las políticas primordiales del Estado ecuatoriano es la lucha contra la discriminación a personas que presentan alguna discapacidad, ya sea física o mental. Precisamente, el reconocimiento del Estado ecuatoriano de las garantías dirigidas a la protección de estos grupos asiduamente vulnerados, se corresponde con la lucha de las personas con discapacidad por sus derechos y su integración a la vida productiva y pública.

⁸⁹⁶ *Vid.* artículo 49 de la Constitución de Ecuador. “Las personas y las familias que cuiden a personas con discapacidad que requieran atención permanente serán cubiertas por la Seguridad Social y recibirán capacitación periódica para mejorar la calidad de la atención”.

⁸⁹⁷ *Vid.* artículo 330 de la Constitución de Ecuador. “Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición”.

⁸⁹⁸ Agenda Nacional para la Igualdad de Discapacidades 2017-2021, Plan Nacional de Discapacidades, Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, Ecuador. Dentro de los 12 ejes identificados por la Agenda Nacional para la Igualdad se encuentran los siguientes: Prevención de discapacidades y salud; Educación y formación a lo largo de la vida; Protección integral y seguridad social; Accesibilidad, movilidad y vivienda; Acceso a la justicia y vida libre de violencia; Trabajo y empleo; Acceso a la información, desarrollo tecnológico e innovación; Fomento de la participación; Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias; Turismo accesible, arte, cultura, y deporte; Sensibilización y toma de conciencia; y Comunicación incluyente.

Por ello, puede afirmarse que el reconocimiento y la protección constitucional que reciben las personas con algún tipo de discapacidad, refleja la forma en que el Estado ecuatoriano adopta medidas de acción afirmativa que promueven la igualdad real para el disfrute de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los que serán de directa e inmediata aplicación en el marco administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4.3.1. Protección judicial y estudio de casos

La jurisprudencia ecuatoriana, desde la Corte Constitucional, también se ha pronunciado sobre la obligación del Estado de eliminar la discriminación por razón de discapacidad, reconociendo además que este debe garantizar la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, de forma tal que puedan insertarse en la sociedad⁸⁹⁹.

Constituye una obligación del Estado, la sociedad y la familia procurarles a estas personas la igualdad de oportunidades y su integración social plena, a través de políticas que permitan su acceso al empleo público o privado. La protección frente a la discriminación de las personas con discapacidad contemplada en la Constitución y en los instrumentos internacionales prevalece sobre otras normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano⁹⁰⁰.

La protección de las personas con discapacidad abarca la disposición de pensiones que tienen como finalidad, garantizarle el derecho a una vida digna, mediante la cual recibirán atención prioritaria en los ámbitos público y privado.

Afirma la Corte que:

“la perspectiva de derechos humanos respecto de la discapacidad se traduce en un enfoque social, en virtud del cual se reconoce que las personas con discapacidad son sujetos de derechos y que tanto el Estado como la sociedad tienen responsabilidades frente a esas personas. Para el efecto, a fin de evitar y eliminar barreras sociales discriminatorias, ofrece medios a las personas con discapacidad para que denuncien las situaciones en que se encuentran cuando existen tales barreras”.

⁸⁹⁹ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, Caso 0005-08-AN, de fecha 2 de abril de 2009.

⁹⁰⁰ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 258-15-SEP-CC, Caso 2184-11-EP, de fecha 12 de agosto de 2015.

En ese contexto, es preciso enfatizar que el artículo 35 de nuestra Constitución, dentro del capítulo tercero referente a los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, dispone que las personas con discapacidad recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.

“Justamente, con esta finalidad se creó la Ley Orgánica de Discapacidades, la que en la sección novena referente a la seguridad social (...) propende a mejorar el nivel de vida de quienes son titulares de la prestación contenida en ella (...) razón por la cual la negativa al otorgamiento pensional puede conducir a la profundización del (...) estado de fragilidad, así como a la vulneración de otros derechos constitucionales como la salud, la vida en condiciones dignas o el mínimo vital (...) de la persona con discapacidad y de su familia”⁹⁰¹.

La atención de las personas con discapacidad debe propender a la superación de las desigualdades materiales existentes y la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas positivas en favor de grupos discriminados o marginados, a fin de reforzar la protección de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad⁹⁰². Al respecto, la Corte refiere:

“Las personas con discapacidad, conforme lo establece la Constitución de la República, son consideradas un grupo de atención prioritaria, en virtud de lo cual, el Estado, la sociedad y la familia, deben procurarles la equiparación de oportunidades e integración social. Acorde con este mandato, la Constitución de la República ha reconocido que los ciudadanos con discapacidad tienen derecho, entre otros, al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en el mercado laboral público y privado”⁹⁰³.

Del análisis de los criterios de la Corte, se esclarece que las personas discapacitadas constituyen un grupo al cual están dirigidas numerosas normas y acciones positivas, con el objetivo de eliminar o disminuir los supuestos de discriminación o desigualdades a las que son sometidos. Por ello, constituye una obligación del Estado garantizar mecanismos y vías que permitan su adecuada inserción social y desempeño en todos los ámbitos de la vida. Por lo anteriormente expuesto, la Corte también ha señalado:

⁹⁰¹ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 013-15-SAN-CC, Caso 0047-13-AN, de fecha 21 de octubre de 2015.

⁹⁰² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 013-15-SAN-CC, Caso 0047-13-AN, de fecha 21 de octubre de 2015.

⁹⁰³ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 258-15-SEP-CC, Caso 2184-11-EP, de fecha 12 de agosto de 2015.

“el país cuenta con una diversidad de disposiciones que brindan protección especial a las personas con discapacidad, en lo que se refiere al ámbito laboral, específicamente en cuanto la obtención y conservación del empleo, determinando la responsabilidad tanto del Estado como de la sociedad misma, de crear las condiciones apropiadas para el cumplimiento de las obligaciones asumidas, las cuales claramente manifiestan el deber de garantizar la estabilidad en el trabajo para este grupo de atención prioritaria, dada su situación de especial vulnerabilidad, reconociendo de esta forma sus derechos humanos”⁹⁰⁴.

Con respecto a los criterios de la jurisprudencia ecuatoriana se puede concluir que la discapacidad es una de las razones primordiales por las cuales deberá velar el Estado para proteger a las personas con discapacidad de cualquier tipo de discriminación. Para ello, tendrá la obligación de garantizar la igualdad de oportunidades en todos sus ámbitos para que puedan integrarse en la vida social mediante acciones que le permitan acceder al empleo, tanto público como privado.

A continuación, se realiza un estudio de casos en los que se comentan algunos procesos sobre la discriminación sufrida por personas con discapacidad, cuando generalmente la persona intenta hacer uso de otros derechos o servicios públicos de los que son excluidas, o no se les presta la prioridad que se proyecta desde la Constitución.

a) La discriminación por razones de discapacidad intelectual, un reto para el disfrute del derecho a la educación

La Defensoría del pueblo acoge una queja en contra del Colegio “Francisco José de Caldas”, por el hecho de que los profesores de esta institución no consideraron la discapacidad intelectual leve que padecía uno de sus estudiantes, ocasionando su pérdida del año en dos materias (inglés y Ciencias Naturales). Ante estos hechos, la madre del estudiante solicita por medio de la Defensoría del Pueblo que su hijo sea nuevamente evaluado. Mediante el caso se protegen como derechos la igualdad y la no discriminación, el derecho a la educación, los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y por último, el derecho a la seguridad jurídica.

⁹⁰⁴ Vid. Corte Constitucionales de Ecuador, Sentencia No. 133-16-SEP-CC: caso No 1273-I5-EP. de fecha 20 de abril de 2016.

Como argumentos del caso se esgrimen los siguientes:

- La educación es un derecho intrínseco al ser humano garantizado desde la Constitución y los instrumentos internacionales, por ello, deberá ser aplicado en condiciones de igualdad. En este caso, se vulneró el derecho a la educación desde el momento en el que condicionaron al adolescente a cumplir reglas escolares para la aprobación del año, en las mismas circunstancias que los estudiantes en general, colocándolo en una situación de desventaja e imposibilidad que le restringe y limita el derecho a desarrollar su personalidad, aptitudes y capacidad física y mental.
- La Constitución garantiza el derecho y la atención de las niñas, niños y adolescentes, e impone a todos, el deber de proteger su desarrollo integral, pues no solo gozan de los derechos establecidos a todos los seres humanos, sino que, además, por su condición les son asignados otros derechos.
- El Estado ecuatoriano al haber ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño se obligó a garantizar y aplicar los derechos que allí se enuncian, reconociendo que el interés superior del niño debe prevalecer en todas las esferas de la sociedad y, sobre todo, en las escuelas, lugar donde se afianzan sus metas y definen sus destinos.
- Las niñas, niños y adolescentes merecen protección especial, y esta debe expresarse en la posibilidad que deben tener para disponer de oportunidades y servicios establecidos por la ley y demás medios, con el objetivo de que puedan desarrollarse integral y socialmente en forma saludable, normal y en condiciones de libertad y dignidad.

Mediante la Resolución Defensorial No. 03-DPE-2012⁹⁰⁵ se acepta la petición y se declara que existe un supuesto de discriminación, concediéndole finalmente el pase de año del estudiante. Ello en atención a que la no discriminación se funda en que las condiciones del estudiante no son iguales a las del resto de sus compañeros. Por tal razón, los criterios de evaluación debían tener en cuenta la diferencia para que fueran justas las calificaciones. Como puede apreciarse, la

⁹⁰⁵ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Resolución Defensorial No. 03-DPE-2012 de 9 de julio de 2012.

discriminación por discapacidad se muestra con el matiz de la indiferenciación, lo cual genera la injusticia reparada.

Atendiendo a los hechos y fundamentos de este caso, las personas que padecen algún tipo de discapacidad son un grupo de atención prioritaria para nuestro país, así lo reconoce el artículo 35 de la Constitución ecuatoriana. Por ende, con respecto a ellas, la norma suprema señala una protección especial y la atención prioritaria que las mismas, por su condición de vulnerabilidad, deben recibir. Siendo así, constituye este otro argumento para combatir la discriminación que sufren estas personas, sobre todo en el ámbito del derecho a la educación, considerado también otro derecho fundamental del Estado que, desde una nueva visión, genera construcciones sociales que fomenten la igualdad y la no discriminación, máxime cuando se trata del disfrute al derecho a la educación de las personas con discapacidad.

b) El trato discriminatorio ante la discapacidad. Un ejemplo de su proyección al cuidador

Ante los hechos, se presentó una acción constitucional de protección ante la Corte provincial de justicia de Sucumbos. La accionante narra que en fecha 24 de octubre de 2016 ingresó al Cuerpo de Ingenieros del Ejército, mediante contrato de servicios ocasionales, renovándose en el año 2017. Sin embargo, producto a recortes del personal, fue incluida en la lista de liquidación, por lo que decide presentar ante la institución el carné en el que constaba que tenía un hijo con discapacidad. De igual forma, manifestó que ella también presentaba una discapacidad y su carné se encontraba en tramitación. Basándose en estas circunstancias, fue mantenida en su puesto laboral hasta el mes de marzo de 2018, en el que fue incluida nuevamente en la lista de personas a despedir.

Ante ello, la accionante hizo conocer al Consejo Nacional de Integración para las Personas con Discapacidad (CONADIS) lo sucedido en fecha 28 de marzo del 2018. No obstante, en mayo del propio año se le notifica un agradecimiento por los servicios prestados, lo que representó la culminación de su relación de trabajo. La litigante alega ante la Corte que se vulneró su derecho al trabajo y se violó la garantía de estabilidad laboral de la que gozan las personas con

discapacidad o tutores de discapacitados⁹⁰⁶. En este escenario, el Foro judicial se pronunció en los siguientes términos:

“la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto del trabajo. Sino de respetar este derecho, entre otras medidas otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido, este se realice bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello, el trabajador puede recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias y contrarias al derecho (...). Para garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales de las personas con discapacidad, las entidades públicas están facultadas para dar por terminado la relación laboral de manera unilateral, cuando existan razones previamente establecidas en la ley y el reglamento pertinente que así lo justifiquen: por lo tanto deberán, en todos los casos respetar el plazo de duración establecida en los contratos”⁹⁰⁷.

Una vez que la Corte estudia los alegatos presentados, declara la acción de protección a favor de la accionante y dispone la restitución a su puesto de trabajo. Posteriormente, se presenta recurso de apelación por parte del Cuerpo de Ingenieros del Ejército y el caso es rechazado por la propia Corte.

En este sentido, con la decisión de la Corte, se reconoce y establece una vez más la garantía a los derechos laborales de las personas discapacitadas, e incluso de sus tutores o curadores, y se previenen futuros casos de discriminación laboral por esta causa.

c) La jubilación por invalidez, confluencia de derechos y escenario discriminatorio

Ante la Unidad Civil de Cuenca se presenta una reclamación respecto a la concesión de jubilación por invalidez de la accionante, la cual alega que después de realizarse varias pruebas médicas, que constan debidamente en su historia clínica, la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de IESS, Azuay, órgano de reclamación administrativa, decidió dejar sin efecto la negativa de jubilación por invalidez, dictando un acuerdo de concesión de la prestación.

⁹⁰⁶ En ese sentido también puede citarse la Sentencia No. 689-19-EP/20, en la que la Corte analizó y se pronunció sobre la vulneración al derecho a la estabilidad laboral reforzada del accionante que tiene la condición de sustituto de persona con discapacidad. *Vid.* Corte Constitucionales de Ecuador, Sentencia No. 689-19-EP/20, caso No. 689-19-EP, de fecha 22 de julio de 2020.

⁹⁰⁷ Corte provincial de Sucumbos, Caso No. 21371-2018-00047, de fecha 17 de octubre de 2018.

Por ello, decide presentar su inconformidad, amparándose en el informe médico donde constaban todos sus problemas de salud y su falta de aptitud física para trabajar. Días después, fue notificada de forma satisfactoria ante su pretensión y luego de ello, se dispone a renunciar a su trabajo y cesar como afiliada del IESS.

Transcurrido un año aproximadamente, recibe una notificación expedida por la Comisión Nacional de Apelaciones en la que se declara la nulidad del acuerdo que le otorga el retiro por invalidez. Ante ello, la accionante alega que dentro de sus derechos vulnerados se encuentran, entre otros, el derecho a la seguridad jurídica, al trabajo y a la no discriminación por razones de discapacidad.

La Corte reconoce dentro del Caso No. 05319-2018⁹⁰⁸ la violación de los derechos constitucionales de la accionante, y por ello, acepta la pretensión de la demandante, declarando la vulneración de la Comisión Nacional de Apelaciones de los derechos constitucionales de la actora, concediéndole finalmente la jubilación por invalidez⁹⁰⁹.

Del análisis de los casos hasta aquí realizados, se reconoce que la discriminación se conforma por acciones denigrantes y excluyentes, por lo que se hace urgente y necesario adoptar medidas que permitan reconocer concepciones más respetuosas de la autonomía individual y de la diversidad de estas personas con discapacidad para que puedan gozar en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas, sin discriminación de ningún tipo.

Por ello, la Corte Constitucional de Ecuador ha reconocido que en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la Constitución, las personas con discapacidad son parte del grupo de atención prioritaria del Estado, y, por tanto, deberán recibir una atención especializada tanto en los ámbitos públicos como privado. De igual forma, el Estado tendrá la obligación de garantizarle a estas personas la igualdad de oportunidades mediante la aplicación de políticas

⁹⁰⁸ Unidad Judicial Civil de Cuenca, Caso No. 05319-2018, de fecha 21 de agosto de 2018, p. 6.

⁹⁰⁹ La Corte posteriormente ha sostenido criterios similares en Sentencia como la No. 380-17-SEP-CC, Caso No. 2334-16-EP, de fecha 22 de noviembre del 2017 (Discriminación por no atención a un menor con discapacidad por el IESS); y la Sentencia No. 004-18-SEP-CC, Caso No. 0664-14-EP, de fecha 3 de enero de 2018 (discriminación en el empleo por discapacidad).

públicas que permitan su inserción en la sociedad y el acceso a empleos de cualquier índole, tanto públicos, como privados.

4.4. Discriminación por razón de estado de salud o portar VIH. Manifestaciones en el contexto jurídico ecuatoriano

Ciertas condiciones de salud conducen, en muchas ocasiones, a la discriminación de sus portadores. Una de las causas de este comportamiento radica en que, frecuentemente, las personas desconocen el origen y las formas de transmisión de algunas enfermedades. Esto provoca en ellos temor, principalmente a ser contagiados, por lo cual, asumen actitudes discriminatorias hacia las personas que tienen o padecen tales enfermedades, lacerando el ejercicio de sus derechos.

El reconocimiento del derecho a la salud implica dar una atención adecuada y especial a las personas que sufran cualquier tipo de enfermedad, y por encima de todas las cosas, a no ser discriminados en cualquier ámbito de su vida, ya sea familiar, económica o social. De allí que, del principio de no discriminación, se derive el deber de los Estados de adoptar medidas que promuevan la igualdad real de las personas que se encuentren en una situación de desigualdad por su estado de salud, lo que implica un trato diferente para alcanzar en ellos la igualdad material.

En el caso de la discriminación por VIH-SIDA, una de las más frecuentes dentro de esta causal, puede identificarse como el conjunto de actos dirigidos a limitar o denigrar el ejercicio de los derechos de las personas portadoras de esta enfermedad, mediante el trato desigual e injusto que reciben por acciones u omisiones que tengan como base, el estado de salud de una persona. Es por ello que la discriminación de la que puedan ser objeto afecta, y en muchas ocasiones reduce su capacidad de continuar siendo productivos. La discriminación y estigmatización contra estas personas son parte de las

consecuencias negativas de padecer esta enfermedad, y el temor a ser rechazadas se suma al dolor de padecerla⁹¹⁰.

La discriminación relacionada con el VIH hace referencia al trato desigual e injusto por acciones u omisiones que se basan en el estado de salud, real o percibido. La discriminación que sufren estas personas aumenta el sufrimiento que trae consigo la propia enfermedad, afectando con ello la salud y reduciendo su capacidad de seguir siendo productivos y autosuficientes para alcanzar su verdadero potencial humano⁹¹¹.

A nivel mundial, los diferentes países han venido luchando por superar la segregación y el dolor que representa tener una sociedad afectada por la enfermedad del SIDA. Ubicar el problema de las personas portadoras de VIH y personas enfermas de SIDA dentro de un contexto de los derechos, permite entender el problema desde dos aristas fundamentales: la dignidad de estas, y su condición de sujetos de desarrollo dentro de un goce igualitario y no discriminatorio de sus derechos.

No obstante, a pesar de que estas personas requieren de una atención priorizada por parte del Estado y las instituciones, sus derechos han sido desatendidos, pues los problemas a los que se enfrentan tienen lugar no solo en el ámbito económico o social, sino, además, en aspectos que afectan su calidad de vida, vinculados con la discriminación y la estigmatización de la que son objeto por la existencia de una percepción social negativa de vivir con esa enfermedad.

El derecho a no ser discriminado es uno de los derechos generalmente vulnerados, tratándose de personas portadoras de VIH y personas enfermas de SIDA, por la existencia de una percepción social negativa que se caracteriza por el desprestigio considerable que representa vivir con el virus o la enfermedad.

⁹¹⁰ MORAL, José y María Petra SEGOVIA, "Discriminación en mujeres que viven con VIH/SIDA", en *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, Vol. 2, No. 2, A Coruña, julio 2011, pp. 195-200.

⁹¹¹ Este es el criterio que comparte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que la discriminación a las personas que portan el virus VIH/SIDA incide negativamente de tres formas: a) Aumenta el efecto negativo de la enfermedad en sus vidas; b) Crea otros problemas como limitaciones en el acceso al empleo, vivienda, atención sanitaria y sistemas de apoyo social; y c) Puede conducir a una renuencia a acudir a los controles médicos, lo que dificulta la prevención de la infección.

Las violaciones a los derechos de las personas con VIH se producen generalmente en los ámbitos de la salud, la educación y el trabajo. Entre los ejemplos más comunes en la salud se pueden citar las situaciones de maltrato y discriminación, mala calidad de la atención, falta de entrega de medicamentos antirretrovirales, exámenes de seguimiento (CD4 y carga viral), ruptura de confidencialidad, entre otras. En la educación, por el contrario, la discriminación se produce ante la solicitud en muchos casos de la prueba de VIH como requisito para ingresar a estudiar, o incluso, para egresar y graduarse; mientras que en el ámbito laboral, de forma similar suele ocurrir que algunas empresas privadas e instituciones públicas exigen la prueba de VIH como requisito para ingresar o continuar laborando⁹¹².

Ante las circunstancias antes enunciadas, se producen vulneraciones de dos derechos fundamentales relacionados con la temática: la no discriminación; y un trato y atención preferente, priorizado y especializado, los cuales deben ser garantizados a todos los individuos por igual para que exista el goce total de otros derechos humanos en los campos de la salud, la educación y el trabajo.

Por ello, lo que se trata de impedir con el reconocimiento de estos derechos es que una persona con VIH que desee acceder a un servicio público, ya sea de salud, educación, laboral, o de cualquier otra índole, pueda ser impedido de aquello por su condición. De igual forma, una persona que desee acceder a un puesto de trabajo en una empresa privada o institución pública, no puede ser excluida por esa misma condición de salud; así como tampoco puede ser excluida de una institución educativa por el hecho de vivir con la enfermedad.

Como se ha esbozado, una de las esferas en las que puede apreciarse con mayor regularidad la discriminación, es la laboral, ya que el conocimiento de que una persona es portadora de VIH o enferma de SIDA, puede ocasionar su despido o acoso con acciones que laceran su dignidad. Respecto a la posibilidad de despido, se exige que la carga probatoria y argumentativa en estos casos sea

⁹¹² Manual de Derechos Humanos, Normativa Jurídica y VIH. Sistema de Protección de Derechos Humanos de las Personas Afectadas por el VIH en Ecuador, Quito, febrero 2015, p. 44.

mayor, de forma que se justifique que la separación del puesto de trabajo no obedece a su condición de enfermedad.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no sólo se reconoce el principio de no discriminación en el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución, como por ejemplo la salud⁹¹³, sino que también se reconoce en otras normas. Por ejemplo, la ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH/SIDA prohíbe la marginación⁹¹⁴, la discriminación de las personas que viven con VIH⁹¹⁵; y además establece el derecho que tienen las personas de ser asistidos legalmente por la Defensoría del Pueblo o la Fiscalía cuando son víctimas de discriminación y sus derechos han sido conculcados por esta causa⁹¹⁶.

Por otra parte, la Ley de Derechos y Amparo del Paciente reconoce el derecho de todo paciente a no ser discriminado por ninguna de las causales de discriminación que en la propia ley se reconocen⁹¹⁷.

Por estas razones, debe observarse estrictamente la aplicación del principio de no discriminación, con el objetivo de garantizar los derechos de las personas afectadas por el virus. En ese sentido, en relación con el derecho al trabajo que tienen las personas portadoras del virus, se deben aplicar las disposiciones del Código de Trabajo, específicamente aquellas que determinan la prohibición de

⁹¹³ El artículo 3.1 de la Constitución establece como uno de los deberes primordiales del estado: “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

⁹¹⁴ En el artículo 1 de la Ley para la prevención y asistencia integral del VIH SIDA “Se declara de interés nacional la lucha contra el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida(SIDA) para lo cual el Estado fortalecerá la prevención de la enfermedad; garantizará una adecuada vigilancia epidemiológica; y, facilitará el tratamiento a las personas afectadas por el VIH; asegurará el diagnóstico en bancos de sangre y laboratorios, precautelaré los derechos, el respeto, la no marginación y la confidencialidad de los datos de las personas afectadas con el virus de Inmuno Deficiencia Adquirida (VIH). *Vid.* Ley para la prevención y asistencia integral del VIH SIDA, Ley 11, Registro Oficial 58, de 14 de abril del 2000, Quito, Ecuador.

⁹¹⁵ El artículo 7 establece que “Ninguna persona será discriminada a causa de estar afectada por el VIH/SIDA o fallecer por esta causa”.

⁹¹⁶ El artículo 12 de la citada ley establece: “En las principales ciudades del país se establecerán oficinas jurídicas dependientes de la Defensoría del Pueblo o de la Fiscalía, para que asistan legalmente a las personas afectadas con el VIH/SIDA, o familiares que fueren víctimas de discriminación cuyos derechos hayan sido vulnerados por esta causa.

⁹¹⁷ El artículo 3 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente establece el derecho de todo paciente a no ser discriminado por razones de sexo, raza, edad, religión o condición social y económica”. *Vid.* Ley de Derechos y Amparo al Paciente, Ley 77 Registro Oficial Suplemento 626 de 03 de febrero de 1995, última modificación: 22 de diciembre de 2006, Quito.

despido intempestivo al trabajador en el lapso de tiempo que padeciere de una enfermedad no profesional que lo inhabilite para el trabajo⁹¹⁸. Lo anteriormente explicado se relaciona con el derecho a la jubilación por invalidez cuando exista una incapacidad total y permanente para todo trabajo, en los casos dispuestos por la Ley de Seguridad Social⁹¹⁹.

En el propio ámbito laboral, además, complementando la mencionada disposición del Código de Trabajo, mediante Acuerdo Ministerial 398⁹²⁰, se expidió la normativa regulatoria que prohíbe la terminación de relación laboral a personas con VIH-SIDA. El acuerdo prohíbe que se termine la relación laboral de trabajadores y trabajadoras que estén viviendo con VIH-SIDA, pues en ese supuesto, estarían incumpliendo el principio de no discriminación consagrado en la Constitución de la República⁹²¹.

Seguidamente, se dispone que las personas que hubieran desarrollado el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA), que se encuentren realizando una actividad laboral bajo relación de dependencia, y que ya no puedan desarrollar esa actividad con normalidad como consecuencia de dicha enfermedad, tendrán derecho a que el patrono tramite la jubilación por invalidez absoluta y permanente en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)⁹²², de acuerdo a lo establecido en el Código del Trabajo y en la propia Ley de Seguridad Social⁹²³.

⁹¹⁸ El artículo 175 del Código de Trabajo establece: “El empleador no podrá desahuciar ni despedir intempestivamente al trabajador durante el tiempo que este padeciere de enfermedad no profesional que lo inhabilite para el trabajo, mientras aquella no exceda de un año”.

⁹¹⁹ La ley de seguridad social establece en el artículo 186 los casos en que se acreditará el derecho a la pensión de jubilación por incapacidad total y permanente. *Vid.* Ley de Seguridad Social, Ley 55 Registro Oficial Suplemento 465 de 30 de noviembre de 2001, modificada por última vez el 31 de marzo de 2011.

⁹²⁰ Acuerdo Ministerial 398 sobre discriminación laboral por VIH/SIDA, Registro Oficial 322 de 27 de julio de 2006, Ministro de Trabajo y Empleo, Ecuador.

⁹²¹ El artículo 1 del Acuerdo establece: “Prohíbese la terminación de las relaciones laborales por petición de visto bueno del empleador, por desahucio, o por despido de trabajadores y trabajadoras por su estado de salud que estén viviendo con VIH-SIDA, en virtud que violenta el principio de no-discriminación consagrado en la Constitución Política de la República en su artículo 23 numeral 3, y el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la no-discriminación en la ocupación y en el empleo”.

⁹²² *Vid.* artículo 2 del Acuerdo Ministerial 398 sobre discriminación laboral por VIH/SIDA,

⁹²³ *Vid.* artículo 186 de la Ley de Seguridad Social.

Se prohíbe también mediante el Acuerdo Ministerial, solicitar la prueba de detección de VIH-SIDA como un requisito para obtener o conservar un empleo en las empresas e instituciones privadas, mixtas o públicas, nacionales o extranjeras⁹²⁴; encargándose de la ejecución y cumplimiento del presente Acuerdo el Ministerio de Trabajo y Empleo, a través de las Direcciones Regionales del Trabajo y de las Inspecciones del Trabajo donde no existieran estas dependencias.

Por último, el acuerdo señala que el Estado ecuatoriano ha adquirido compromisos internacionales en materia de no discriminación por VIH-SIDA y derechos laborales, como el Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación)⁹²⁵; la Declaración S-26/2 de compromiso en la lucha contra el VIH-SIDA⁹²⁶, y las Directrices Mixtas OIT/OMS sobre los Servicios de Salud y el VIH-SIDA, adoptadas en el año 2005⁹²⁷.

Con estas medidas, se trata de garantizar el derecho al trabajo de las personas con VIH/SIDA, por cuanto el incumplimiento de estas disposiciones violenta el principio de no discriminación y el de estabilidad laboral como disposición positiva que protege la dignidad humana en razón de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas portadoras del virus.

Asimismo, en relación a la no discriminación por VIH/SIDA, es esencial que se garantice el derecho a la no discriminación y la permanencia en el sistema educativo, de forma tal que se efectivice la prohibición de exigir a los estudiantes la realización de exámenes de salud relacionadas con la identificación del virus para ejercer el derecho a la educación en cualquier nivel. Además, se consideraría un gran reto que esta prohibición se haga extensiva a cualquier otro

⁹²⁴ El artículo 3 establece: "Prohíbese solicitar la prueba de detección de VIH-SIDA como requisito para obtener o conservar un empleo, en las empresas e instituciones privadas, mixtas o públicas, nacionales o extranjeras".

⁹²⁵ Convenio No. 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), aprobado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, Aceptado en 1958, ratificado por Ecuador el 10 de julio de 1962, Berna.

⁹²⁶ Declaración S-26/2 de compromiso en la lucha contra el VIH-SIDA, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 27 de junio del 2001, Berna.

⁹²⁷ Directrices Mixtas OIT/OMS sobre los Servicios de Salud y el VIH-SIDA, Aprobado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 2005, Berna.

tipo de enfermedad como la adicción al alcohol, o cualquier otra sustancia estupefaciente o psicotrópica.

En conclusión, la discriminación de las personas portadoras de VIH/SIDA a nivel global persiste como uno de los principales problemas a resolver por los Estados y organismos internacionales. Aun cuando las disposiciones legales reconocen los derechos de las personas portadoras de esta enfermedad, las acciones deben dirigirse a educar de forma preventiva y eliminar cualquier supuesto que las denigre, menoscabe o excluya del ejercicio de sus derechos.

4.4.1. Protección judicial y estudio de casos

De acuerdo con la Corte Constitucional de Ecuador, “la condición de portador de VIH o enfermo de SIDA se considera como una enfermedad catastrófica que requiere protección por parte del Estado, en tanto ubica a las personas en los grupos de atención prioritaria”⁹²⁸. Es por ello que, debido a “la condición de vulnerabilidad de las personas que padecen esta enfermedad catastrófica, la obligación de respeto del Estado debe vislumbrarse a través de actuaciones tendientes a que estas personas alcancen su igualdad real”⁹²⁹. En ese sentido ha dicho la Corte:

“Ubicar el problema de las personas portadoras de VIH y personas enfermas de SIDA dentro de un contexto de los derechos, permite entender el problema desde dos fundamentos: la dignidad de las personas portadoras de VIH y personas enfermas de SIDA; y su condición de sujetos de desarrollo dentro de un goce igualitario y no discriminatorio de sus derechos”⁹³⁰.

De acuerdo a este criterio jurisprudencial, el derecho a no ser discriminado es uno de los más vulnerados de las personas con VIH/SIDA como resultado de la percepción social negativa que conlleva ser portador de esta enfermedad. Por ello, la Corte Constitucional del Ecuador hace mención a la labor de la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH-SIDA, como instrumento de defensa del derecho de acceso al trabajo de estas personas, al valorar los esfuerzos por

⁹²⁸Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 364-16-SEP-CC, Caso 1470-14-EP, de fecha 15 de noviembre de 2016.

⁹²⁹ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP, de fecha 13 de enero de 2016.

⁹³⁰ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2016.

alcanzar un desarrollo igualitario de los derechos. Sin embargo, a pesar de las regulaciones jurídicas, en la práctica los mecanismos de protección son aun insuficientes.

La Sentencia No. 080-13-SEP-CC establece como garantía para que no se repitan acciones que vulneren los derechos de las personas enfermas con VIH-SIDA las siguientes reglas jurisprudenciales: gozan de una estabilidad laboral reforzada, pues requieren de una especial protección debido a la carga discriminatoria a la que están sometidas; la separación de las personas con VIH-SIDA de las funciones laborales se presume violatoria, el empleador deberá probar que no se trata de un despido que se argumenta en un criterio sospechoso, y bajo ningún motivo la terminación de la relación de trabajo podrá justificarse en el deterioro físico o psicológico del empleado por portar esta enfermedad⁹³¹.

En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte expresando:

“La separación de las labores de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, se presume *prima facie* como violatoria de los derechos constitucionales, por fundarse en criterios sospechosos, a menos que el empleador demuestre una causa objetiva -razones válidas y suficientes- que justifiquen de manera argumentada y probada ante la autoridad competente que no se trata de un despido que se funda en un criterio sospechoso. Bajo ningún motivo el empleador podrá justificar la terminación de relaciones laborales fundado en argumentos que se agoten en el rendimiento de las actividades laborales del empleado portador de VIH o enfermo de SIDA, pues el deterioro físico y psicológico que influye en el desempeño de las actividades laborales es propio de una enfermedad de esta naturaleza, so pena de incurrir en un trato discriminatorio. Por ello, los trabajadores portadores de VIH o enfermos de SIDA deberán ser reubicados en su medio de trabajo cuando el desempeño de sus actividades esté afectado por su condición de salud”⁹³².

En cuanto a la discriminación por razón de estado de salud en general, la Corte también ha dispuesto que el padecimiento de una enfermedad crónica no habilita al empleador para dar por terminada la relación laboral que lo une con el trabajador, protección que abarca tanto el sector público como el privado⁹³³. Al respecto, la Corte refiere:

⁹³¹ *Idem*.

⁹³² Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No.016-16-SEP-CC, Caso No. 2014-12-EP, de fecha 13 de enero de 2016.

⁹³³ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador Sentencia No. 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP, de fecha 15 de noviembre de 2016.

“bajo ningún motivo el empleador podría justificar un despido o terminación de la relación laboral en argumentos que se agoten en el rendimiento de las actividades laborales del trabajador, pues, el deterioro físico y psicológico que sin duda influye en el desempeño de las actividades laborales desempeñadas, es propio de la enfermedad so pena de incurrir en un trato discriminatorio; en tal caso, el empleador deberá proceder a reubicar a su trabajador con la finalidad de que pueda desempeñar su trabajo en condiciones aceptables para las partes; este criterio es acorde con los preceptos constitucionales y normativa del derecho internacional de los derechos humanos que buscan garantizar los derechos de las personas consideradas dentro de los grupos vulnerables, en la especie aquellas que padecen enfermedades catastróficas”⁹³⁴.

Puede afirmarse entonces que la protección de estas personas debe abarcar todas las esferas de la vida diaria, pero especialmente, la esfera laboral, dentro de la cual, el derecho al trabajo como derecho fundamental debe considerar la necesidad de tutelar el derecho de no discriminación de las personas con VIH o SIDA o cualquier otra enfermedad. El despido de una persona portadora de esta enfermedad, o cualquier otra, se entenderá como un acto discriminatorio, a no ser que el empleador demuestre que su decisión se basó en argumentos sólidos independientes a la condición de la persona, por tanto, gozan de una estabilidad laboral reforzada por la fuerte carga discriminatoria a la que están sometidos⁹³⁵.

Una síntesis de los postulados de la Corte Constitucional sobre el tema demuestra, en primer lugar, que las personas portadoras de VIH o SIDA se consideran parte del grupo de atención prioritaria que por parte del Estado que requieren una especial protección. De allí que para el Estado se derive la obligación de tomar acciones positivas que promuevan la igualdad real y garanticen estabilidad en el empleo y oportunidades reales en el acceso al mismo. Esta obligación deberá extenderse tanto al sector público como al sector privado, con lo cual se reconocerá desde la jurisprudencia la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

⁹³⁴ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador Sentencia No. 375-17-SEP-CC, Caso 0526-13-EP, de fecha 22 de noviembre de 2017.

⁹³⁵ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP, de fecha 13 de enero de 2016.

a) El desafío de los derechos laborales ante el VIH: un análisis de caso

Se presenta un caso por la Defensoría del Pueblo dentro del Expediente No. 3859-2010⁹³⁶ en contra de la empresa Acerías Nacionales del Ecuador Sociedad Anónima. Las razones por las cuales se interpuso la acción se fundamentan en el despido laboral de un trabajador a causa del diagnóstico de VIH-SIDA, el que manifestó ante los hechos manifestó que se encontraba en perfecto estado de salud para seguir laborando. En el supuesto se alegaron como principales derechos protegidos la igualdad y la no discriminación, el derecho al trabajo y el derecho a la salud y a la seguridad social. Dentro de los principales argumentos se establecieron los siguientes:

a) El despido de una persona portadora de VIH-SIDA violenta el derecho a un trato justo sin discriminación y el derecho al trabajo, ambos reconocidos en la Constitución.

b) En las relaciones laborales se prohíbe taxativamente, desde la norma constitucional, el despido y la petición del empleador a solicitar al trabajador la terminación de la relación laboral por portar una enfermedad como lo es el VIH, pues ello violenta el principio de no discriminación y el de estabilidad laboral.

Finalmente, en la Resolución Defensorial se declararon violentados el derecho a la no discriminación, la igualdad y el acceso al trabajo; se estableció de forma paralela el reintegro de la peticionaria a sus labores, y se exhortó a la empresa a la toma de medidas tendientes a reparar las afectaciones del trabajador.

b) El alcoholismo, una mirada a un caso discriminatorio en el ámbito educativo

El hecho alegado se basa en que la peticionaria puso en conocimiento a la Defensoría del Pueblo de la discriminación de la que ha sido objeto su hijo, quien era aún un adolescente, en la institución educativa a la que pertenece, por padecer una condición de adicción al alcohol, de la cual ha sido ya rehabilitado.

⁹³⁶ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Expediente No. 3859-2010.

Cuando las autoridades se enteraron que el estudiante había salido recientemente de un centro de recuperación de adicciones, lo hostigan hasta que finalmente solicitan a la madre que retire a su hijo del colegio.

En el caso, contenido en el Expediente No. 55835-2012⁹³⁷, se alegaron como derechos vulnerados la no discriminación; el derecho a la integridad personal que incluye la integridad física, psíquica y moral; el derecho a una vida libre de violencia en lo público y lo privado; y el derecho a la permanencia en el sistema educativo.

Los principales argumentos que se sostuvieron fueron los siguientes:

- La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos proscriben la discriminación por cualquier condición social, incluyendo el padecimiento de adicciones y otras condiciones de salud.
- El derecho a la educación incluye el derecho a permanecer en el sistema educativo sin discriminación alguna.
- Existe una íntima relación existente entre el goce, ejercicio y conocimiento de los derechos humanos y la educación impartida; el objetivo de la educación es instruir a las personas en sus derechos fundamentales, por lo que menoscabarlos anula el fin principal del sistema de educación.
- Al ser la víctima un adolescente que sufre una adicción, se encuentra en situación de doble vulnerabilidad, lo que debía ser observado para hacer primar su interés superior.

Como resolución defensorial del caso se establecieron los siguientes argumentos: corresponde al Estado invertir todos sus esfuerzos para el goce y ejercicio más amplio posible del derecho a la educación, no solo en virtud de lo dispuesto en la Constitución de la República⁹³⁸, sino por los compromisos internacionales adquiridos. La responsabilidad estatal del prestador, por ser una

⁹³⁷ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Expediente No. 55835-2012.

⁹³⁸ El artículo 26 de la Constitución establece: "La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo".

persona jurídica privada, no se extingue ni disminuye, al contrario, debe evidenciar la unificación de esfuerzos para la consecución de los fines de la educación, en un ambiente de respeto a los derechos fundamentales.

Los adolescentes forman parte del grupo de atención prioritaria que el Estado reconoce⁹³⁹, por ello, merecen la atención no sólo del Estado, sino también de los demás entes de la sociedad que se relacionen con sus derechos, por lo que deben y merecen ser escuchados en todos los hechos en los cuales de cualquier forma se encuentren involucrados, propiciándosele un ambiente de seguridad para la expresión de sus opiniones y sentimientos.

La interrupción del desarrollo del proceso educativo del joven en este caso, y en cualquiera, representa una vulneración de los derechos fundamentales que trasciende a diversas facetas de la vida de un ser humano, e incluso se proyecta al futuro, causando dificultades al asumir roles como ente social productivo. Por lo anterior, se demandó la intervención de instituciones públicas competentes, así como las disculpas públicas respectivas por parte de las autoridades del plantel; y a la vez, se requirió que se permitiera el reingreso del estudiante a su colegio.

c) Otro ejemplo de discriminación por condición de salud en el acceso a la educación militar

En cuanto a la discriminación por condición de salud, se presentó una acción de protección por una aspirante a la escuela militar Eloy Alfaro que fue víctima de discriminación por un supuesto cáncer de útero que fue detectado en un examen médico equivocado, circunstancia que no le permitió continuar con el proceso de selección en el que estaba participando.

La accionante reclama vulnerados el principio de no discriminación por razón de enfermedad, el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad jurídica. La Corte

⁹³⁹ La Constitución reconoce mediante su artículo 29 que: “El Estado garantizará la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior, y el derecho de las personas de aprender en su propia lengua y ámbito cultural. Las madres y padres o sus representantes tendrán la libertad de escoger para sus hijas e hijos una educación acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas”.

Constitucional del Ecuador, mediante la Sentencia No. 253-16-SEP-CC⁹⁴⁰, una vez analizados los hechos, declaró la vulneración de los derechos de la accionante y exhortó a las Fuerzas Armadas en todas sus ramas, representadas legalmente por el Ministro de Defensa, y a través de las respectivas unidades administrativas de talento humano, a efectuar una verificación de las normas y políticas internas de selección del personal, con el objeto de desterrar toda práctica o solicitud de pruebas médicas establecidas como requisito dentro de los diferentes procesos de selección, siempre que pudieran afectar la integridad física de las personas, o que la misma sea discriminatoria en su objeto o resultado.

Resolviendo el asunto, la Corte Constitucional señaló que la decisión adoptada por las autoridades militares de exigir sobre las aspirantes mujeres un segundo examen ginecológico y en particular un examen de papanicolaou, carecía de una justificación razonable, pues conforme puede apreciarse del propio proceso, las autoridades en ningún momento ponen en duda la validez de los exámenes médicos practicados por la Asociación Pro-Bienestar de la Familia Ecuatoriana (APROFE).

Basándose en lo anterior, la Corte alegó que la accionante no recibió un tratamiento adecuado al exigírsele realizar la prueba de papanicolau en más de una ocasión, arriesgando su integridad física, que posteriormente fue defendida por la aspirante al negarse a realizar el tercer examen. Por ello, en su pronunciamiento consideró lo siguiente:

“fue la excusa utilizada por las autoridades militares para ratificar un resultado médico cuya veracidad estaba en serias dudas, así como para justificar una supuesta falta de idoneidad de las aspirante, impidiendo en forma injustificada el acceso al trabajo, y vulnerando con ello este derecho fundamental reconocido ampliamente en la Constitución de la República y en instrumentos internacionales de derechos humanos”⁹⁴¹.

⁹⁴⁰ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 253-16-SEP-CC, Caso No. 2073-14-EP, de fecha 10 de agosto de 2016.

⁹⁴¹ *Idem*, p. 34.

Como solución al caso presentado, la Corte declaró vulnerados los derechos constitucionales al debido proceso, la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, la integración personal, el derecho al trabajo y la no discriminación.

Finalmente, del análisis de los casos expuestos, se concluye que bajo ningún concepto se podrán alegar las limitaciones en el desempeño laboral como resultado del deterioro físico o psicológico provocado por una enfermedad, por lo que el empleador deberá reubicar al trabajador en un puesto distinto que se ajuste más a sus condiciones. De acuerdo a la Defensoría del Pueblo sobre el reconocimiento al derecho de no discriminación, se establece el deber jurídico del Estado de adoptar medidas positivas que promuevan la igualdad real de las personas con VIH/SIDA o con alguna condición de salud.

La jurisprudencia ecuatoriana sobre el tema ha determinado que las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA no gozan de un simple estatus de protección en el ámbito social, económico o laboral, sino que además cuentan con garantías jurídicas establecidas que alcanzan su protección en el marco jurisprudencial. La Corte estableció la obligación del Estado de adoptar medidas positivas para que estas personas alcancen una igualdad real.

Las condiciones de salud traen consigo en muchos casos situaciones de discriminación, casi siempre porque las personas desconocen los detalles de las enfermedades y por ello, discriminan a las personas que sufren o han sufrido determinada enfermedad, perjudicándolos en el ejercicio de sus derechos⁹⁴².

En conclusión, con respecto a la discriminación por motivos de enfermedad, y específicamente portar VIH, la Corte Constitucional de Ecuador ha seguido los siguientes argumentos: primero, las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA se consideran como parte del grupo de atención prioritaria que reconoce la Constitución, por ello, en su condición de vulnerabilidad, requieren del respeto

⁹⁴² En cuanto a la discriminación por razón de estado de salud o portar VIH, pueden mencionarse las siguientes sentencias en las que la Corte Constitucional del Ecuador asume criterios similares y concluyentes a los que se han expuesto en este apartado. *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencias No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2013 y Sentencia No.016-16-SEP-CC, Caso No. 2014-12-EP, de fecha 13 de enero de 2016; Sentencia 364-16-SEP, Caso No. 1470-14-EP, de fecha 5 de noviembre de 2016, Sentencia No. 362-16-SEP-CC, Caso No. 0813-13-EP, de fecha 15 de noviembre de 2016; Sentencia No. 375-17-SEP-CC, Caso No. 0526-13-EP, de fecha 22 de noviembre del 2017.

del Estado para que, mediante mecanismos de acciones positivas, le garanticen el reconocimiento de la dignidad y el goce igualitario y real de sus derechos.

Segundo, con respecto a la discriminación estrictamente laboral que sufren estas personas por su condición, la Corte ha considerado que, el despido o separación del puesto laboral se considera como una violación de los derechos fundamentales reconocidos, específicamente el derecho al trabajo. En tal sentido, no se admitirá a los empleadores la terminación de una relación jurídica laboral bajo justificaciones que provengan de los mismos efectos que produce tener cualquier tipo de enfermedad, pues en ese caso, deberán ofrecerle al trabajador una opción para que pueda realizar su trabajo en condiciones que puedan ser aceptables para ambos.

Por último, es válido señalar que aunque los casos hasta aquí analizados hayan ocurrido en un contexto de relaciones verticales, el mismo contenido, análisis y resolución de los casos por parte de la Corte será aplicables a las relaciones horizontales, por tratarse de supuestos en los que perfectamente puede participar un particular en el acto discriminatorio.

4.5. Discriminación por lugar de nacimiento, la condición migratoria. Su protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

La Constitución ecuatoriana parte de un nuevo paradigma relacionado con el principio de no discriminación, que se refiere a aquella que tiene su causa en el lugar de nacimiento o condición migratoria de las personas⁹⁴³. El mandato constitucional establece que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes⁹⁴⁴ que las de nacionalidad ecuatoriana, y el ejercicio de sus derechos no puede ser

⁹⁴³ DÍAZ CREGO, María, “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿Un derecho de los extranjeros?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 89, Madrid, mayo-agosto, 2010, pp. 125–130; AGUILAR-IDÁÑEZ, María José, “Discriminaciones múltiples de los migrantes en perspectiva de derechos”, en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, No. 17, Madrid, 2014, pp. 40–45.

⁹⁴⁴ *Vid.* artículo 9 de la Constitución que establece: “Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución”.

diferenciado, en tanto se configuraría una vulneración evidente de sus derechos constitucionales.

Este supuesto se toma como premisa general que determina la prohibición de discriminar por razones de origen nacional, o condición migratoria. En este sentido, debe destacarse que la Constitución de Ecuador es pionera al replicar lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que reconoce el derecho a la libertad de tránsito. Igualmente la Carta Magna ecuatoriana acoge en este particular lo dispuesto a nivel internacional por parte del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, que ha considerado a las personas en contextos de movilidad, como un grupo de atención prioritaria, cuestión que quiere significar el hecho de que el Estado ha intervenido generando condiciones de equidad de manera preferencial⁹⁴⁵.

Siendo así, la discriminación por el lugar nacimiento constituye el conjunto de actos dirigidos a menoscabar, denigrar o limitar los derechos individuales de una persona por haber nacido en un lugar diferente o presentar una condición migratoria distinta a la comúnmente aceptada en la sociedad. Este tipo de discriminación implica una prohibición o limitación del ejercicio de determinados derechos individuales que son reconocidos de forma general para todas las personas⁹⁴⁶.

Relacionado con ello se aprueba en Ecuador la Ley Orgánica de Movilidad Humana, que reconoce como principios: la igualdad ante la ley y la no discriminación. En esa disposición normativa se reconoce a todas las personas en movilidad humana que se encuentren en territorio ecuatoriano, el goce de los derechos previstos en la Constitución y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador⁹⁴⁷. La propia ley prohíbe también la discriminación a cualquier persona por su condición migratoria, origen nacional y demás

⁹⁴⁵ Vid. artículo 13, 40, 41 y 42 de la Resolución 45/158, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1990.

⁹⁴⁶ DÍAZ CREGO, María, "El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad...", *cit.*, pp. 125 – 130.

⁹⁴⁷ Vid. artículo 2 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana de 6 de febrero de 2017, Registro oficial No. 938, Quito, Ecuador, modificado por última vez el 23 de octubre de 2018.

circunstancias. En correspondencia, el Estado tendrá la obligación de eliminar aquellas distinciones innecesarias en razón de la nacionalidad o la condición migratoria de las personas, particularmente aquellas establecidas en normas o políticas públicas nacionales y locales.

Por último, en el Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 “Toda una vida”, se integran dos ramas fundamentales con respecto a este tema, el derecho de toda persona a vivir en armonía con sus semejantes y con la naturaleza; y los derechos políticos, sociales, culturales y colectivos. En búsqueda de la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, las acciones del Estado ecuatoriano estarán dirigidas a mejorar la calidad y esperanza de vida y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución, así como potenciar un sistema económico justo y sostenible que se base en la distribución igualitaria⁹⁴⁸.

4.5.1. Protección judicial y estudio de casos

Ecuador es un país que se ha caracterizado a lo largo de la historia por ser de origen, tránsito y destino, y justamente en los últimos años, los movimientos migratorios se han intensificado. De allí que el Estado ecuatoriano tenga la obligación, a través de todas sus autoridades involucradas en el cumplimiento del marco constitucional, de proteger todos los derechos de las personas que se encuentran en su territorio, sin discriminación por razones de nacionalidad o condición migratoria. Por esas razones, no es una casualidad que la Constitución de 2008 reconozca el principio de igualdad entre personas nacionales y extranjeras (artículo 9) y el principio de no discriminación por lugar de nacimiento, condición migratoria, y pasado judicial (artículo 11.2).

De igual forma, ha prestado especial protección a la movilidad humana, no solo desde sus preceptos constitucionales⁹⁴⁹, sino también mediante la creación de

⁹⁴⁸ República del Ecuador, Consejo Nacional de Planificación, Plan Nacional para el Buen Vivir 2017-2021, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo - Senplades, 2017, Quito.

⁹⁴⁹ En el capítulo tercero de la Constitución se regulan “los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, dentro de los cuales se incluyen las personas en movilidad humana. Se reconoce a las personas el derecho a migrar sin considerarse a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria; además de establecer la protección a personas ecuatorianas en el exterior y a sus familiares en el territorio nacional (artículo 40); el derecho a solicitar asilo y refugio de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 41); la

instituciones específicas que tienen especial conexión con la protección de los derechos de las personas en movilidad, tales como el Consejo Nacional de Igualdad para Movilidad Humana⁹⁵⁰ (artículo 156 y 157); las delegaciones en el Exterior de la Defensoría del Pueblo; así como la obligación de velar por los derechos de las personas en movilidad humana y diseñando, adoptando, ejecutando y evaluando políticas, planes, programas y proyectos de sus organismos con la de otros Estados y organizaciones de la sociedad civil que trabajen en movilidad humana a nivel nacional e internacional (artículo 392); y la consideración de la ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta, y el progresivo fin de la condición de extranjero, como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur (artículo 416.6). Por ello, la Corte Constitucional ha sostenido el siguiente criterio:

“La situación de movilidad humana, tanto para las personas nacionales que salen de nuestro país, como para las personas extranjeras que ingresan o transitan por el Ecuador, constituye un factor de vulnerabilidad de derechos, en particular para quienes se encuentran en condición migratoria irregular”⁹⁵¹.

Desde otra arista relacionada con el tema, “el derecho al refugio y no devolución, por tratarse de un derecho de especiales características, destinado a dotar de protección a las personas que se encuentran en un real estado de vulnerabilidad, requiere por parte de los Estados y de la comunidad internacional un tratamiento especializado que visualice y otorgue segura protección a las personas expuestas a estas condiciones de vida”⁹⁵².

Con respecto a la ampliación de la definición de refugiada o refugiado, la Corte establece como definición recomendable para su utilización en la región, aquella

prohibición de todo desplazamiento arbitrario. Las personas que hayan sido desplazadas tendrán derecho a recibir protección y asistencia humanitaria emergente de las autoridades, que asegure el acceso a alimentos, alojamiento, vivienda y servicios médicos y sanitarios (artículo 42); el principio de no devolución (artículos 41 y 66.12, inciso 2); y la prohibición de expulsión colectiva de personas extranjeras (artículo 66.14).

⁹⁵⁰ El Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades (CNIPN) es una entidad que tiene como responsabilidad el aseguramiento del pleno ejercicio de los derechos, igualdad y no discriminación de aquellas personas que pertenecen a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

⁹⁵¹ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 159-11-JH/19, Caso 159-11-JH, de fecha 26 de noviembre de 2019.

⁹⁵² *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 090-15-SEP-CC, Caso No. 1567-13-EP, de fecha 25 de marzo de 2015.

que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiadas o refugiados a:

“las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público⁹⁵³.”

Según la propia Corte, en los supuestos discriminatorios:

“no se considera tampoco la forma abrupta y traumática de ruptura espacio-temporal que enfrentan las personas que por fundados temores a ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, etc., no quieren o no pueden acogerse a la protección de su Estado”⁹⁵⁴.

Mediante este criterio, reafirma que las personas migrantes forman parte de un grupo de atención prioritaria que merece de una tutela especial por parte del Estado y demás órganos e instituciones. En las sentencias analizadas, propone argumentos que se corresponden con los parámetros internacionales sobre la igualdad y no discriminación de las personas en movilidad. Además, alega que es posible hacer un trato distintivo entre extranjeros y nacionales o entre las diferentes categorías de migrantes, pero sobre la premisa que este no carezca de una justificación razonable y objetiva. En el mismo sentido plantea que la obligación de garantizar los derechos constitucionales no termina en el marco normativo, sino que es necesario crear mecanismos y vías de protección que aseguren la efectividad de la regulación jurídica.

De acuerdo al criterio jurisprudencial de la Corte, el reconocimiento legislativo brindado ha transitado por un asunto de soberanía estatal y seguridad nacional, hasta la protección de los derechos individuales de la persona migrante. El derecho a la movilidad conlleva a respetar la facultad de trasladarse bajo condiciones dignas al lugar de origen, tránsito o destino.

A continuación, se analizarán algunos casos de discriminación que han sufrido las personas por razones como el lugar de nacimiento y la condición migratoria. Este último supuesto, hace referencia a personas de origen nacional en

⁹⁵³ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 002-14-SIN-CC, Caso No. 0056-12-IN y 0003-12-IA acumulados, 14 de agosto del 2014, pp. 50 y 51.

⁹⁵⁴ *Ídem*, p. 48.

diferentes situaciones (refugiadas, solicitantes de refugio, con visas permanentes o temporales o personas en situación migratoria irregular).

Debe señalarse que la discriminación, en muchos casos, trae consigo la vulneración de otros derechos que se ven afectados por el trato diferenciado ilegal. De igual forma, el acceso a los servicios se ha visto limitado para personas de otro origen nacional por consideraciones discriminatorias.

En ese sentido, es válido traer a colación la Opinión Consultiva No. 18 de la CIDH⁹⁵⁵, donde se realiza un profundo análisis de la discriminación en personas de otro origen nacional, al hablar del ejercicio de derechos sociales, ratifica que la igualdad y la no discriminación son principios *jus cogens*. Por tal motivo, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración. Incluso, el estatus migratorio de las personas y su calidad migratoria no pueden constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos.

a) La discriminación a extranjeros y refugiados. Una mirada casuística ilustrativa

Otro supuesto de discriminación por razón migratoria se presenta por la Defensoría del Pueblo, en el cual dos ciudadanos bajo la condición de refugiados se dirigen contra la Comisión de Tránsito del Guayas CTG, ante la negativa de otorgarles la licencia de conducir, bajo la justificación de que no presentaron cédula de identidad ecuatoriana, pasaporte o documento de viaje, y el carné de refugiado otorgado por la Dirección de Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.

En ejemplo, mediante el Expediente No. 005-2011⁹⁵⁶, la Defensoría alega que la presentación de la cédula como requisito de acceso constituye un obstáculo que discrimina a los no nacionales ante su imposibilidad de obtenerla. Por tanto, se

⁹⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador.

⁹⁵⁶ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Expediente No. 5550-2010.

invocan como derechos protegidos la igualdad y no discriminación, el acceso a los servicios públicos de calidad y el derecho de las personas refugiadas.

Los ciudadanos colombianos que tienen el estatuto de refugiados se dirigen en contra de la Comisión de Tránsito del Guayas CTG, ante la negativa de otorgarles la licencia de conducir, argumentando que dentro de los requisitos para obtener la licencia se debe presentar: cédula de identidad ecuatoriana, pasaporte o documento de viaje y el carné de refugiado otorgado por la Dirección de Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.

Entre los principales argumentos presentados en este caso se alegan los siguientes:

- El hecho de impedir el acceso a la licencia de conducir a las personas refugiadas es inconstitucional y constituye un acto discriminatorio, derivado de la condición de refugiados colombianos.

- La exigencia del requisito de la cédula no está contemplado en la ley, es imposible de cumplir y, por ende, se convierte en un obstáculo insalvable que permite exclusivamente a los ciudadanos ecuatorianos, la obtención este permiso. Por tanto, se convierte en un elemento de discriminación, pues se tratan diferentes, se estigmatizan, no se les reconoce sus derechos, y todo por una sola razón, y es su condición de no nacionales.

- De acuerdo al caso comentado, uno de los fundamentos que rigen los derechos de las personas refugiadas es el de “no devolución”, es decir, el no ser obligadas a retornar o devolverlas al sitio o país del que se vieron forzadas a huir para proteger sus bienes más sagrados como la vida, la integridad personal, la salud, entre otros.

Por ello, se plantea entre los argumentos, que no solo se obliga a una persona a regresar a su país mediante actos de coacción física, sino también mediante acciones u omisiones que les impiden desarrollar su proyecto de vida en el país de asilo o refugio cuando no se les reconocen o garantizan sus derechos fundamentales. Por ejemplo, el acceso a los servicios de salud, de agua, luz, teléfono, trabajo, educación, entre otros; y en este caso específico, obtener la licencia de conducir; lo cual implica que se obligan a regresar a su país de origen.

El caso se resolvió por el Juez Décimo Noveno de Garantías Penales del Guayas, quien aceptó la acción de protección solicitada y ordenó a la Comisión de Tránsito de Ecuador que se abstenga de pedir a los refugiados la cédula de identidad como requisito para adquirir la licencia de conducción.

b) Las personas en condición de movilidad como sujetos de discriminación. Un ejemplo referencial

Se trata de un hecho en que la Corte Constitucional del Ecuador, mediante la Sentencia No. 159-11-JH/19⁹⁵⁷, seleccionó y revisó el caso de una persona de nacionalidad cubana, ilegítimamente privada de la libertad por agentes de la Policía Nacional. La selección y revisión se debió a que la justicia constitucional no tuteló oportunamente sus derechos durante la detención y el proceso de deportación.

A partir de las cifras oficiales de movimientos migratorios de ingreso y salida de nacionales y extranjeros en el Ecuador, la Corte consideró importante dictar esta sentencia como un mecanismo para visibilizar a las personas en situación de movilidad. Estas personas, al ejercer su derecho a migrar, enfrentan circunstancias en las que pueden existir riesgos, limitaciones, restricciones y amenazas a la vida, la integridad, la libertad, lo que las coloca en una situación de vulnerabilidad que exige protección especial por parte del Estado, lo que implica, además, que, si sus derechos son vulnerados, estos deban ser integralmente reparados.

Entre los fundamentos que se esgrimieron, la Corte afirmó que la persona de nacionalidad cubana fue detenida sin haber cometido un delito flagrante ni haber contado con una boleta expedida por autoridad competente. No obstante, al analizar las actuaciones de los jueces que conocieron el *habeas corpus*, en primera y segunda instancia, la Corte encontró que la garantía no resultó eficaz, toda vez que los operadores de justicia negaron la acción y el respectivo recurso de apelación, centrandos sus argumentos en la existencia de una orden de deportación, en la insuficiencia de la prueba presentada por el accionante y en la supuesta indefensión de la Policía Nacional, y no, como correspondía, en los

⁹⁵⁷ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 159-11-JH/19, Caso 159-11-JH, de fecha 26 de noviembre de 2019.

atropellos a los derechos humanos de la persona en situación de movilidad humana.

En este caso, la Corte analizó entre otras, las siguientes cuestiones: la movilidad humana como contexto general; la privación de libertad de personas en movilidad; el derecho a la igualdad y no discriminación y la aplicación de los perfiles discriminatorios en el marco de operativos de control migratorio; las condiciones de establecimiento de privación de libertad de personas extranjeras en situación de movilidad; y el derecho a migrar y los límites del Estado para controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras.

Partiendo de los hechos del caso, la Corte declaró vulnerados los derechos a migrar, la libertad, la integridad, la igualdad y no discriminación y el debido proceso. El fundamento para considerar que la persona de nacionalidad cubana fue discriminada radicó en que la detención y consecuente privación ilegítima de la libertad tuvo como fundamento su nacionalidad y su condición migratoria. Analizado el caso, la decisión judicial de la Corte fue, entre otras:

- Revocar las decisiones adoptadas por el juez que atendió el caso y declarar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso del ciudadano cubano.
- Declarar que se reconocen los derechos del señor y las violaciones que sufrió como forma simbólica de reparación.
- Disponer como medida de satisfacción que el ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, a la brevedad posible, le otorgue al señor en un lapso no mayor de tres meses el procedimiento administrativo de otorgamiento de la ciudadanía ecuatoriana por naturalización.
- Que el Ministerio del Interior indemnice al ciudadano por la suma de \$630.40 dólares por los días que dejó de trabajar.

c) El pasado judicial como causal de discriminación. Un ejemplo de su combinación con cuestiones de nacionalidad

La Defensoría del Pueblo, el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, abogados, entre otros accionantes,

presentaron una demanda de acción pública de inconstitucionalidad por el fondo, en contra del artículo único del Acuerdo Ministerial No. 000242 de 16 de agosto de 2018⁹⁵⁸; el artículo 1 del Acuerdo Ministerial No. 000244 de 22 de agosto de 2018⁹⁵⁹; el artículo 1 del Acuerdo Interministerial No. 000001 de 21 de enero de 2019⁹⁶⁰; y el Acuerdo Interministerial No.0000002 de 1 de febrero de 2019⁹⁶¹. En específico, las normas impugnadas disponen como requisito previo para el ingreso a territorio ecuatoriano, la presentación del pasaporte con vigencia mínima de seis meses, certificado de validez de la célula de identidad para los ciudadanos venezolanos, y certificado de antecedentes penales.

Los accionantes alegan que esos acuerdos ministeriales, violan, entre otros, el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento y pasado judicial de las personas venezolanas. Dentro de los fundamentos presentados, se encuentran la violación del derecho de migrar establecido en el artículo 40 primer párrafo de la Constitución de 2008⁹⁶². Se alega, además, que las normas impugnadas son contrarias al principio del interés superior del niño y a la unidad familiar, puesto que la medida de exigencia del pasado judicial para el ingreso al país de personas venezolanas, aun cuando no se imponga directamente a niños, niñas y adolescentes, trae consigo que determinados miembros de la familia de un niño o niña no puedan ingresar al país. Esta separación familiar es ilegítima a todo nivel, contraviene la normativa internacional, constitucional y legal de manera flagrante, por lo que debe ser declarada como inconstitucional.

La Corte refiere en este caso que las violaciones al derecho a migrar promueven la migración irregular, e incrementan el riesgo en que se encuentran las personas migrantes. Por estas razones, le corresponde al Estado realizar un análisis individualizado sobre las diferentes necesidades de protección de las personas

⁹⁵⁸ Ministerio de relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Acuerdo Ministerial No. 000242 de 16 de agosto de 2018, Registro Oficial No. 328, de 17 de septiembre de 2018.

⁹⁵⁹ Ministerio de relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Acuerdo Ministerial No. 000244, Registro Oficial 332 de 21 de septiembre de 2018.

⁹⁶⁰ Ministerio de relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Acuerdo Ministerial No. 000001, Registro Oficial 414 de 25 de enero de 2019.

⁹⁶¹ Ministerio de relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Acuerdo Interministerial No.0000002 de 1 de febrero de 2019, de 4 de enero de 2019, Registro Oficial No.436, de 26 de febrero de 2019.

⁹⁶² El artículo 40 de la Constitución ecuatoriana establece en el primer párrafo “se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”.

migrantes, previo a realizar cualquier procedimiento que afecte sus derechos humanos.

Sobre la base de estos antecedentes, el Tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional resolvió admitir a trámite la acción pública de inconstitucionalidad 0014-19-IN⁹⁶³, sin que esta decisión implique prejuicios sobre la materialidad de la pretensión; aceptando la solicitud de suspensión provisional de las normas impugnadas.

Como conclusión de los casos analizados, se infiere que, en Ecuador, mediante la Constitución, se reconoce el derecho a la libertad de movilidad de las personas. Por lo tanto, el Estado velará porque no existan normas o supuestos que generen algún tipo de discriminación por razón de nacimiento o condición migratoria. En todos los casos expuestos a modo de ejemplo, se establece el respeto del derecho a la no devolución, realizando un análisis individualizado respecto a las distintas necesidades de protección de las personas migrantes, previo a realizar cualquier procedimiento que afecte sus derechos humanos.

d) La exigencia de igualdad de los extranjeros frente a funcionarios públicos en Ecuador. La discriminación a un cubano

El 5 de enero de 2011, Ángel Alfonso PUENTE REYES presenta una acción por incumplimiento en contra de los Notarios Públicos de Pichincha en el Caso 3-11-AN⁹⁶⁴. En esta alega que no ejercen como deberían sus funciones, puesto que no tramitan, despachan, ni dan fe, de algún acto en el que pudiera estar involucrado un ciudadano de nacionalidad cubana. De acuerdo a lo alegado por el accionante, “el Notario no hace trámites de cubanos”. El accionante refirió haber sufrido una acción discriminatoria reiterada debido a que, aunque el servicio notarial es de carácter público, en varias ocasiones se le negó la posibilidad de realizar trámites por razón de su nacionalidad cubana.

La causa fue sorteada a dos jueces sustanciadores, sin que la acción por incumplimiento haya sido atendida, motivo por el cual la Corte Constitucional

⁹⁶³ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Caso No. 0014-19-IN.

⁹⁶⁴ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 3-1 I-AN/19, Caso 3-11-AN, de fecha 29 de mayo de 2019, pp. 1-8.

declaró la falta de celeridad de los jueces al no adoptar una decisión respecto de la misma desde el año 2012. Posteriormente, en el año 2019, la causa fue sorteada nuevamente, para la cual tuvo conocimiento la jueza constitucional Daniela SALAZAR MARÍN, avocando conocimiento de la misma.

Entre los fundamentos más significativos de la sentencia pueden mencionarse aquellos relacionados con el derecho a la igualdad formal, igualdad material y la no discriminación. Se establece además que es un deber primordial del Estado garantizar sin discriminación el goce efectivo de los derechos reconocidos, identificando como categorías sospechosas de discriminación en este supuesto, el lugar de nacimiento.

De esta forma, cualquier distinción que no sea objetiva y razonable, y a su vez menoscabe el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, teniendo como base la nacionalidad de las personas, sería ilegítima y, por tanto, comportaría una afectación del derecho a la igualdad y no discriminación.

Por último, como lo reconoce la Constitución, el servicio notarial es un servicio público (*Vid.* artículo 199) y un órgano auxiliar de la Función Judicial (*Vid.* artículo 178). Por ende, la prestación de ese servicio debe estar orientada a hacer efectivos todos los derechos establecidos en la Constitución, entre ellos, el derecho a la igualdad y no discriminación. En tal virtud, las obligaciones derivadas del derecho a la igualdad y la no discriminación deben ser cumplidas de forma inexorable por todos los funcionarios del servicio notarial. En el caso específico analizado, la distinción basada en una categoría prohibida de discriminación, como es el origen nacional de una persona realizada por los notarios al momento de prestar su servicio, resulta a todas luces inadmisibles.

En el caso, aunque el Pleno de la Corte Constitucional haya desestimado la acción por incumplimiento por la inexistencia de pruebas fácticas de acuerdo a lo exigido en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional de Ecuador, reiteró que las obligaciones derivadas del derecho a la igualdad y no discriminación deben ser cumplidas de manera irrestricta por todos los funcionarios del servicio público.

4.6. Discriminación por razones de etnia. Análisis y respuesta jurídica en el Ecuador

Cuando analizamos el término etnia, el primer acercamiento se identifica con las características raciales. Sin embargo, su contenido se amplía a los patrones socioculturales, concibiéndose como una “comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, entre otros”⁹⁶⁵. La alusión a la discriminación étnica es general y en ocasiones, no engloba todos aquellos supuestos de discriminación sufridos por los miembros de grupos o minorías que no sólo tienen una identidad cultural propia que entra en contradicción con otras, sino que posibilita agresiones específicamente racistas por su alta y permanente visibilidad⁹⁶⁶.

El problema étnico tiene una extraordinaria magnitud que abarca múltiples perspectivas y, en consecuencia, requiere de respuestas legales, encontrando su regulación mediante varios instrumentos internacionales, los que sistematizan la protección contra el racismo y la discriminación racial. Entre ellos se destacan los siguientes: la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial⁹⁶⁷; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁹⁶⁸; el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a los pueblos indígenas y tribales⁹⁶⁹; la Declaración y el Plan de Acción de Durban⁹⁷⁰; y la

⁹⁶⁵ *Diccionario de la Lengua Española... cit.*, p. 25.

⁹⁶⁶ BOBBIO, Norberto, “La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes”, en AA.VV., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo CAICEDO TAPIA y Angélica PORRAS VELASCO (editores), 1ª ed., editorial Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, pp. 188 y 189; REY MARTÍNEZ, Fernando, “La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea o España. El caso de la minoría gitana”, en *Revista de Derecho Político*, No. 57, Madrid, 2003, p. 66.

⁹⁶⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

⁹⁶⁸ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

⁹⁶⁹ Convenio No. 169, relativo a pueblos indígenas y tribales, Aprobado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989, Berna.

⁹⁷⁰ La Conferencia de Durban reconoce que el racismo y la discriminación se encuentran ligados a la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social y las desigualdades económicas, lo que contribuye a la persistencia de actitudes y prácticas racistas, que a su vez generan un círculo de pobreza y exclusión. *Vid.* Declaración y el Programa de Acción de Durban, adoptados por consenso en la Conferencia Mundial contra el Racismo, Durban, 2001.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁹⁷¹.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial define en su artículo 1 la discriminación racial como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que menoscabe el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales, en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”⁹⁷².

Como obligaciones para los estados partes, la Convención establece que no se deberá incurrir en actos de discriminación racial contra individuos, grupos de personas o instituciones, por lo que los estados velarán porque se ajusten las políticas públicas que pudieran crear o perpetuar la discriminación racial. En tal caso, los estados miembros promoverán el desarrollo de organizaciones y movimientos multirraciales e integracionistas que incentiven la integración racial⁹⁷³.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007, establece que los estados miembros deben reconocer todos los derechos humanos y garantías constitucionales a los pueblos indígenas, de forma tal que no sean objeto de discriminación y puedan gozar de una libre participación en la vida política; permanecer en la comunidad; mantener y desarrollar sus tradiciones y costumbres; contar con acceso a una educación en su propio idioma; tener derecho a participar en las decisiones en las que se vean afectados, además de mantener y fortalecer la relación con las

⁹⁷¹ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, sesión No. 61, 13 de septiembre de 2007, Berna.

⁹⁷² Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

⁹⁷³ *Vid.* artículos 2, 4, 5 y 7 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 20 de noviembre de 1963.

tierras, territorios y otros recursos que tradicionalmente han poseído, así como a conservar y desarrollar su patrimonio cultural⁹⁷⁴.

En el año 2015, la Asamblea General de la ONU proclamó el Decenio Internacional para los Afrodescendientes 2015-2024, con el objetivo de promover la cooperación nacional, regional e internacional y alcanzar el pleno disfrute de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de las personas de ascendencia africana. Dentro de su contenido, se abordaron como ejes principales: el reconocimiento, la justicia y el desarrollo⁹⁷⁵.

La discriminación por razón de etnia se evidencia fundamentalmente en las desigualdades salariales⁹⁷⁶, causando impacto negativo en el desarrollo económico, en la calidad de las instituciones, la educación y el capital social⁹⁷⁷. En Ecuador, la etnia es definida como un pueblo o comunidad que tienen en común la cultura y las costumbres, elementos que crean vínculos entre las personas y forman una base para su auto identificación e identidad⁹⁷⁸. El pueblo ecuatoriano se identifica generalmente como un pueblo mestizo, existiendo una mezcla de razas y culturas que enriquece su desarrollo.

El movimiento indígena en el país impulsó una serie de transformaciones que se expresaron en la Constitución de 1998, reconociéndose el país como un Estado pluricultural y multiétnico. Posteriormente, después de varios años de luchas políticas, los indígenas lograron que con la promulgación de la Constitución de 2008, se consagrara al país como plurinacional, lo que significa que existen, además de la mayoría mestiza, un aproximado de trece naciones o

⁹⁷⁴ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, sesión No. 61, 13 de septiembre de 2007, Berna.

⁹⁷⁵ Resolución 68/237, Decenio Internacional para los Afrodescendientes 2015-2024, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 2015, Berna.

⁹⁷⁶ De acuerdo con GARCÍA DE FANELLI, la discriminación salarial tiene lugar cuando a los individuos de una categoría social se les remunera menos que a otros individuos de distintas categorías sociales por razones ajenas al trabajo que desempeñan. *Vid.* GARCÍA DE FANELLI, Ana, "Patrones de desigualdad social en la sociedad moderna: una revisión de la literatura sobre discriminación ocupacional y salarial por género", en *Desarrollo Económico*, Vol. 29, No. 114, Buenos Aires, 1989, pp. 239-264.

⁹⁷⁷ BONICK, Mathew, y Antonio FARFÁN-VALLESPÍN, "On the origin and consequences of racism", in *The Constitutional Economics Network Working Papers*, 2, Baden-Wurtemberg, 2016, pp. 45-51.

⁹⁷⁸ VILLACÍS, Byron y Daniela CARILLO, *Estadística Demográfica en el Ecuador Diagnóstico y Propuestas*, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), Quito, 2011.

nacionalidades indígenas que se amparan en el reconocimiento que la Constitución les hace, incluyendo el buen vivir o *sumak kawsay* como una novedosa cosmovisión de origen indígena que se cristalizó como un principio constitucional de cardinal importancia⁹⁷⁹.

La Constitución de 2008 prohíbe la discriminación por razón de etnia como se ha venido señalando en el artículo 11 numeral 2, inciso segundo; estableciéndose a partir de ese presupuesto legal, la protección de los derechos de los pueblos indígenas, afro-ecuatorianos y montubios, a no ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica, o cultural, además del reconocimiento de los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos⁹⁸⁰.

Como resultado de las luchas del gobierno por alcanzar normas más garantistas dirigidas a la protección efectiva contra las formas de discriminación, se instituye en el Estado ecuatoriano, dando cumplimiento a lo establecido en la Constitución, el Plan Plurinacional para eliminar la discriminación racial y la exclusión étnica y cultural 2009-2012⁹⁸¹. Su objetivo principal es eliminar la discriminación y la exclusión por razón de raza o etnia. Para ello propone un conjunto integral de políticas públicas encaminadas a combatir el racismo a través del desarrollo de ejes y objetivos previamente identificados, que alcanza, incluso, la adopción de medidas institucionales para combatir el racismo y la discriminación desde el sistema educativo y los medios de comunicación.

Se promulga además la Agenda para la igualdad de nacionalidades y pueblos 2019-2021 (en lo adelante ANINP)⁹⁸², la que al igual que el Plan anteriormente comentado, tiene por objetivo eliminar las distintas formas y prácticas

⁹⁷⁹ TRUJILLO, Julio César “Plurinacionalidad y Constitución”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Sousa Santos, Boaventura y Agustín Grijalva Jiménez (editores), 1ª ed, Ediciones Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012, pp. 305-307.

⁹⁸⁰ Los artículos 56 al 60 de la Constitución de Ecuador son dedicados a reconocer los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades en su Capítulo cuarto.

⁹⁸¹ Plan plurinacional para eliminar la discriminación racial y la exclusión étnica y cultural 2009 - 2012 aprobado mediante el Decreto No. 60 del 28 de septiembre del 2009, Quito.

⁹⁸² Agenda para la igualdad de derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas, pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio 2019–2021, Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y nacionalidades, septiembre de 2019, Quito.

sistemáticas de discriminación racial y exclusión étnica cultural para promover la ciudadanía plural, intercultural e inclusiva, a través de políticas públicas del Estado, reconociendo la responsabilidad de construir el Plan del Buen Vivir sobre la base de los principios de plena igualdad, inclusión y no discriminación.

La ANINP contiene dentro de sus políticas, la misión de erradicar la discriminación y la exclusión social, étnica cultural y estructural en todas sus manifestaciones, a través de acciones afirmativas que tienen como objetivo alcanzar una sociedad inclusiva que garantice el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos.

En cuanto a la protección de la no discriminación por razón de identidad cultural, la Ley Orgánica de la Cultura de 2016⁹⁸³ establece el desarrollo cultural de pueblos y nacionalidades a través de la promoción de las expresiones artísticas que surjan de las comunidades, pueblos y nacionalidades, sin limitar su reconocimiento al libre desarrollo cultural; además de la posibilidad de denunciar cualquier acto que discrimine, denigre o excluya el ejercicio de sus derechos culturales.

A partir del derecho de los pueblos y comunidades para recibir una educación basada en la inclusión, que promueva la interculturalidad y plurinacionalidad, se aprueba la Ley Orgánica de Educación Intercultural de 2011 (en lo adelante LOEI)⁹⁸⁴ que garantiza, mediante el artículo 6, inciso a), el desarrollo de un sistema educativo basado en la equidad, la igualdad, la no discriminación y la libertad, donde todas las personas tengan acceso a una educación pública de calidad y cercanía.

4.6.1. Protección judicial y estudio de casos

Debido a la implicación internacional de la discriminación por razón de etnia, y a la escasa jurisprudencia existente en Ecuador sobre el tema, se analizarán algunos casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, en lo relativo a la discriminación por razón de etnia refiere:

⁹⁸³ Ley Orgánica de la Cultura, Registro Oficial Suplemento 913 del 30 de diciembre 2016, Quito.

⁹⁸⁴ Ley Orgánica de Educación Intercultural de 2011, Registro Oficial No. 417, Quito.

Capítulo IV. La constitucionalización de la no discriminación en Ecuador, su proyección legal y jurisprudencial

“las personas tienen un derecho fundamental a no ser víctimas de discriminación por su origen étnico o racial. Asimismo, los Estados están internacionalmente obligados a abstenerse de incurrir en actos de discriminación racial, así como a prohibir la realización de tales actos discriminatorios. Más aun, en tanto manifestación de la obligación internacional de los Estados de investigar los actos que violen los derechos humanos y sancionar a los responsables, los Estados tienen un deber internacional de proveer a las personas recursos judiciales efectivos que las protejan de actos discriminatorios”⁹⁸⁵.

“Los Estados tienen obligaciones específicas con relación a los pueblos indígenas y tribales en tanto sociedades originarias preexistentes a la colonización o instauración de las actuales fronteras estatales. El reconocimiento de derechos específicos a estos pueblos se encuentra igualmente vinculado al respeto y valorización de las diferentes visiones culturales”⁹⁸⁶.

Según la opinión de la Corte Interamericana, el racismo se establece como una discriminación estructural cuando alega:

“El racismo permea, además, todo el comportamiento social, no sólo de forma personal, sino institucional, pues en diversos grados y expresiones, forma parte de la construcción ideológica en que se ha crecido y contribuye a mantener la situación de dominación y desigualdad”⁹⁸⁷.

De acuerdo a la Corte, si a la discriminación racial se le suman otros supuestos como el género, la condición migratoria o el pasado judicial, se configura una discriminación combinada. En este caso refiere:

“los obstáculos que enfrentan para acceder a recursos judiciales idóneos y efectivos y remediar las violaciones sufridas, pueden ser particularmente críticos porque sufren de varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socio-económica”⁹⁸⁸.

Conforme a la opinión de la Corte Interamericana, resulta claro que la discriminación racial se configura de modo estructural, arraigada en los años de explotación a los que han sido sometidos determinados grupos étnicos como los afrodescendientes, antecedentes históricos que contribuyen a extender la exclusión y discriminación a las que son sometidos.

⁹⁸⁵ CIDH. Informe No. 174/10, Caso No. 12.688, Fondo. Nadege Dorzema y otros (Masacre de Guayubín), República Dominicana, de fecha 11 de febrero de 2011, p. 4.

⁹⁸⁶ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, de fecha 30 de diciembre de 2009, p. 3.

⁹⁸⁷ Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, de fecha 20 enero 2007, p. 3.

⁹⁸⁸ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.387, Alfredo LÓPEZ ÁLVAREZ, Honduras, de fecha 7 de julio de 2003, p. 4.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en más de una ocasión respecto a la discriminación por razón de etnia, alegando que las personas y las comunidades afrodescendientes (u otras etnias) continúan enfrentándose a limitaciones para acceder de forma adecuada a servicios públicos de calidad en materia de salud, educación y justicia. El racismo se ha institucionalizado, alcanzando el ámbito laboral, económico, social y judicial, por lo que la adopción de medidas que contrarresten la existencia de supuestos discriminatorios constituye un eje de actuación insoslayable para cualquier Estado o sistema de justicia.

Aunque desde la Constitución de Ecuador se proclame que se trata de un Estado plurinacional y étnico, la discriminación por razones de etnia o raza es uno de los tipos más frecuentes. A continuación, se analizará uno de los casos más relevantes tramitado por la Defensoría del Pueblo.

a) La discriminación racial, su manifestación en un caso dentro de la formación militar

El caso comienza con una queja presentada ante la Defensoría del Pueblo mediante el Expediente No. 54708-2011⁹⁸⁹, en contra de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro, y un instructor de dicha institución, debido a que este sometió al peticionario a un trato denigrante, acosador y discriminatorio durante todo el tiempo que permaneció en reclutamiento, obligándolo a realizar ejercicios físicos excesivos, negándole en varias ocasiones la posibilidad de comer, o impidiéndole que lo hiciera dentro del comedor con sus compañeros, además de expresarle frente a todos “ningún negro será oficial”.

Estas razones obligaron a que el peticionario pidiera la baja de la institución, que era en definitiva el fin perseguido por el instructor, con lo cual se violaron los derechos a la integridad personal; la igualdad y no discriminación; el derecho a la educación y el derecho al desarrollo personal. Dentro de los principales argumentos del caso pueden mencionarse los siguientes:

⁹⁸⁹ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Expediente No. 54708-2011.

- El peticionario, por ser afroecuatoriano, fue sometido a un constante hostigamiento, castigos, acoso mediante el uso de humillaciones, insultos y desprestigios al poner a sus compañeros en contra de él. Además, la negativa de proporcionarle alimentos o de obligarlo a comer en aislamiento o de pie, vulneró su derecho a la alimentación, así como su integridad física y psicológica.
- Los actos fueron caracterizados como de hostigamiento y malos tratos por emplearse con la finalidad de provocar daño, basándose en un criterio de discriminación. Por tal motivo, la discriminación por ser afrodescendiente es un acto grave que coloca a las personas en una situación de vulnerabilidad y grave riesgo.
- La afirmación del teniente Encalada de que “ningún negro será oficial” evidencia una actitud racista y una clara discriminación que evidencia un problema institucional con un grupo de personas, en este caso afroecuatorianos y afroecuatorianas.
- Por último, las vulneraciones de derechos humanos estaban dirigidas con la intención de separar de la institución a una persona por razones personales y por el color de su piel, lo que constituye una grave responsabilidad por parte del funcionario que realizó estas conductas y de la institución que las permitió.

En el presente caso, el peticionario tenía una expectativa real de graduarse en la Escuela Militar Eloy Alfaro, la cual se vio truncada por la discriminación sufrida y la violación a su integridad personal, perpetrada al interior de la propia escuela. Los actos le impidieron al estudiante lograr su proyecto de vida, vulnerando así el derecho al libre desarrollo de su personalidad.

La Resolución Defensorial declaró responsable a la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro por las vulneraciones a los derechos del peticionario; la omisión de procesos internos de respeto y sanción oportunos, disponiendo que el Teniente Encalada presente disculpas públicas por los actos de discriminación y malos tratos. En la propia resolución se dispuso como acción reparatoria de los derechos vulnerados, que la Escuela le facilite el reintegro al peticionario. Por último, se exhorta al Ministerio de Defensa Nacional y a la Escuela Superior Militar para que se inicie un proceso administrativo interno que sancione los actos cometidos por el señor Teniente Encalada, Instructor Oficial de la Escuela Militar.

Sobre este tipo de discriminación se puede apreciar que la obligación de prevenir y sancionar la discriminación por razones como la etnia, ha sido identificada por la Defensoría del Pueblo y por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Además, se evidencia que las personas son objeto de trato diferenciado por el color de la piel, lo que limita el ejercicio de sus derechos, colocándolos en una situación de vulnerabilidad que le imposibilita el acceso a una igualdad material en menoscabo de su dignidad y proyecto de vida.

Esta sentencia, ratificada por los jueces de la Corte Nacional de Justicia, de 5 de julio de 2016, fue paradigmática por el delito de odio racial, implicando para el imputado no solo la obligación de disculparse públicamente con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, sino también una pena de privación de libertad.

Por ello, el Estado ecuatoriano a través de los órganos judiciales tiene el gran reto de impulsar a sus instituciones y la sociedad a cumplir estrictamente con el deber de protección a las personas que sufren este tipo de discriminación mediante el diseño y promoción de medidas de acción afirmativa.

4.7. Discriminación por razón de edad en el Ecuador. Sus variantes y proyecciones jurídicas

La edad puede definirse como el tiempo que transcurre desde el nacimiento de las personas, por ello, se caracteriza por ser una condición temporal de los seres humanos. La discriminación por razón de la edad se define como aquella distinción, exclusión o restricción basada, precisamente, en esta categoría de la persona, cuyo objetivo o propósito es impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales⁹⁹⁰.

⁹⁹⁰ *Apud.* PELÁEZ DOMÍNGUEZ, José, “La discriminación negativa por razón de edad en los trabajadores de edad madura en España y la Unión Europea”, *Tesis presentada en opción al título de Doctor*, Departament de Dret Mercantil, Dret del Treball i de la Seguretat Social. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015, pp. 189–197; ROMERO RUVALCABA, José Tomás, “Discriminación y adultos mayores: un problema mayor”, en *Revista El Cotidiano*, No. 134, Ciudad de México, noviembre-diciembre 2005, pp. 57 y 58; MOSQUERA – MONELOS, Susana, “Consideraciones sobre la discriminación por razón de edad”, en *Revista Gaceta Constitucional*, No. 90, Lima, 2015, pp. 90– 95; De MAGALHÃES E CARVALHO, Ana Sofía, “La discriminación por razón de la edad en el mercado laboral y el problema específico de las nuevas profesiones

Generalmente este tipo de discriminación se orienta a determinados grupos que, por sus condiciones relacionadas con la edad, no se les permite acceder a determinadas actividades afines. Estos sectores agrupan, mayoritariamente, a niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos mayores⁹⁹¹.

Dentro de las personas discriminadas por esta razón se encuentran las personas mayores, clasificadas como un grupo social en situación de vulnerabilidad. Su protección se establece a través de instrumentos internacionales de derechos humanos en los que se consagra el derecho de igualdad con carácter general; además se ha reforzado con normas nacionales internas para eliminar todo tipo de discriminación⁹⁹². Sin embargo, queda aún mucho por hacer para eliminar la discriminación de la que son víctimas las personas mayores. La defensa de sus derechos constituye un tema transversal, que adquiere un papel significativo al tratarse de un grupo poblacional que ha experimentado un incremento demográfico considerable, con perspectivas de aumento crecientes⁹⁹³.

En contraste con los avances que se alcanzan en relación con la discriminación por origen racial, por razón de género o discapacidad, cuando se realiza un análisis de los instrumentos internacionales existentes en materia antidiscriminatoria, no se encuentran claros ejemplos de la asunción de obligaciones internacionales específicas de los Estados en cuanto a la prohibición y sanción de la discriminación por razón de edad en el sector público y privado⁹⁹⁴.

Dentro de la búsqueda de instrumentos internacionales que regulan específicamente la prohibición de discriminación de las personas mayores,

tecnológicamente dependientes (2015)", en *Revista JURIS*, vol. 27, No. 2, Lima, 2017, pp. 205–209.

⁹⁹¹ ROMERO RUVALCABA, José Tomás, "Discriminación y adultos mayores...", *cit.*, pp. 60–61.

⁹⁹² En Ecuador, por ejemplo, para garantizar la protección de las personas adultas mayores se aprobó la Ley del Anciano y la Ley Orgánica de las personas Adultas Mayores. *Vid.* Ley del Anciano, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial No. 376, de 13 de octubre de 2006, última modificación: 29 de abril del 2016, Ecuador; y Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores, de 9 de mayo de 2019.

⁹⁹³ ANCLE MAUNTONE, Marco, "El principio de igualdad y no discriminación en la vejez y la introducción de la perspectiva de la edad", en *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, HUECHUAN, Sara (editora), CEPAL, Santiago de Chile, 2012, p. 69.

⁹⁹⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, Royo, Luis, "La discriminación por razón de edad: perspectivas internacionales", en *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, HUECHUAN, Sara (editora), CEPAL, Santiago de Chile, 2012, p. 90.

puede citarse la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁹⁹⁵, cuyo objetivo fundamental es alcanzar la plena inclusión, integración y participación de estas personas en la sociedad. La Convención, que reconoce este vejamen como una discriminación múltiple la define de general como: “Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación”⁹⁹⁶.

Respecto a su regulación jurídica en Ecuador, la Constitución ha catalogado a las niñas, niños, adolescentes y las personas mayores como grupos de atención prioritaria, los cuales tienen el derecho a recibir una atención especializada tanto en el sector público como en el privado⁹⁹⁷.

4.7.1. Protección judicial y estudio de casos

La edad es un elemento a considerar en cuanto a la discriminación, sobre todo porque las niñas, niños y adolescentes son un grupo de atención prioritaria que requieren de una protección reforzada a la hora de garantizar y proteger sus derechos⁹⁹⁸. Según la opinión de la Corte Constitucional de Ecuador:

“Por el principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes, dicho grupo de atención prioritaria tiene su *status* de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta – entre otros efectos – en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les competa”⁹⁹⁹.

Esta protección reforzada asegura que no se encuentren sujetos a discriminación de ningún tipo, prevaleciendo siempre su interés, cuya

⁹⁹⁵ Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, Aprobado por la Organización de Estados Americanos, 15 de junio de 2015, Washington.

⁹⁹⁶ *Vid.* artículo 2, párrafo 4.

⁹⁹⁷ *Vid.* artículo 35 de la Constitución de 2008: “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”.

⁹⁹⁸ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 074-16-SIS-CC, Caso 0010-14-IS, de fecha 15 de noviembre de 2016, p.46.

⁹⁹⁹ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 344-16-SEP-CC, Caso 1180-10-EP, de fecha 26 de octubre de 2016, p. 31.

satisfacción debe constituir el principal objetivo de toda actuación en la que se vean inmersos. En tal sentido se afirma:

“La verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”¹⁰⁰⁰.

En cuanto a las personas mayores de edad se ha pronunciado la Corte Constitucional ecuatoriana, declarando que constituyen grupos de atención especial debido a la situación de vulnerabilidad a la que están sometidos. La Corte establece:

“En aras de garantizar de mejorar forma los derechos del accionante y considerando que el transcurso del tiempo puede complicar aún más su situación de vulnerabilidad, es este caso particular y excepcional se aleja de la jurisprudencia expedida en la sentencia No. 004-13-SAN-CC, en la que se determinaba que para la medida de reparación integral económica deberá acudir a la vía contencioso administrativa, puesto que en el caso concreto presenta una situación excepcional, en tanto existe una grave afectación en el proyecto de vida de un adulto mayor perteneciente a los grupos de atención prioritaria”¹⁰⁰¹.

El Estado ecuatoriano deberá adoptar medidas positivas que promuevan la protección de los intereses de los niños, niñas y adolescentes, facilitando el acceso al derecho a través de la adopción de medidas legislativas¹⁰⁰². En este caso, se analizarán dos supuestos en los que se materializa la discriminación en razón de la edad, específicamente de personas adultas mayores y jóvenes, las cuales gozan del derecho a una protección especial.

a) La discriminación de los adultos mayores a través de la negativa de ejecución de sus prerrogativas legales. Un ejemplo particular

Mediante el Expediente No. 002-2011¹⁰⁰³ se establece una queja en contra de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT), porque dicha institución

¹⁰⁰⁰ Vid. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso 0179-12-CN y Acumulados, de fecha 4 de septiembre de 2013.

¹⁰⁰¹ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 175-14-SEP-CC, CASO No. 1826-12-EP, de fecha 15 de octubre de 2014.

¹⁰⁰² Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 380-17-SEP-CC, Caso 2334-16-EP, de fecha 22 de septiembre de 2017.

¹⁰⁰³ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Expediente No. 002-2011.

desconoció los preceptos constitucionales que obligan a prestar atención especial y prioritaria a las personas adultas mayores, por la falta de aplicación de la norma de exoneración del 50 % del valor del servicio que a tales personas debe prestárseles como usuarias del servicio de telecomunicaciones.

Sucede que, al momento de aplicar la norma de descuento a estas personas, no se consideró dicho descuento para la conexión del servicio de internet, por lo que se alega vulnerado el derecho a las rebajas en los servicios públicos a las adultas mayores. Dentro de los principales argumentos del caso dentro en el Expediente No. 002-2011 se señalan los siguientes:

- Las personas adultas mayores son parte de los grupos de atención prioritaria.
- Los servicios de internet son servicios públicos y al catalogarse como tal, las personas adultas mayores, en calidad de usuarios, tienen derecho a ser beneficiarios del mismo.
- Ninguna norma jurídica podrá restringir el ejercicio de los derechos. Por tanto, las normas de la Ley Especial de Telecomunicaciones que prohíben conceder exoneraciones, y la Ley del Anciano que señala que el descuento es pertinente para el servicio telefónico y no para el servicio de internet, no son acordes ni guardan armonía con la Constitución de la República como norma suprema que prevalece sobre cualquier otra norma¹⁰⁰⁴.
- La Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

La resolución defensorial acepta la petición del recurrente en contra de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones por omitir la rebaja en el costo del servicio de internet en beneficio de las personas de la tercera edad. Además, se requiere a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones a realizar las rebajas de los servicios, además de exhortarse a la Asamblea Nacional a una reforma legislativa secundaria de la Ley del Anciano para adecuar sus preceptos en lo

¹⁰⁰⁴ Ley del Anciano, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial No. 376, de 13 de octubre de 2006, última modificación: 29 de abril del 2016, Quito.

relacionado a las rebajas de los servicios públicos y privados para las personas adultas mayores.

b) La edad y el acceso a la educación, un ejemplo discriminatorio en este escenario de confluencias

Esta queja se presenta contra la Unidad Educativa “Nuestra Señora de Pompeya” por negársele la matrícula a la peticionaria, de 21 años, alegando que no se encontraba dentro de la edad adecuada para pertenecer a este centro, vulnerándose con ello los derechos a la igualdad y no discriminación; el derecho a la educación y los derechos de las y los jóvenes. Como argumentos principales esgrimidos dentro del Expediente No. 412-12 se señalan los siguientes¹⁰⁰⁵:

- El Estado tiene el deber fundamental de garantizar sin discriminación alguna el goce de los derechos constitucionales y aquellos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre ellos, la igualdad formal, la igualdad material y la no discriminación, considerándose los mismos de aplicación inmediata por parte de cualquier servidor o servidora pública.
- La Constitución de la República establece que el Estado reconoce como actores estratégicos del desarrollo del país a las y los jóvenes, garantizándoles el derecho a la educación, de forma universal y permanente.

El Juez Primero de Garantías Penales y Tránsito de Pastaza, después de analizar la procedencia de la acción de Protección, y la relación entre el derecho a la igualdad y la no discriminación como derechos constitucionales reconocidos, admite la acción presentada por la Defensoría del Pueblo y dispone inmediatamente que se acepte a la peticionaria en la Unidad Educativa “Nuestra Señora de Pompeya”.

De los casos analizados, se observa que la edad es uno de los factores que inciden en determinados supuestos discriminatorios en los que se excluye, limita o condiciona a una persona o grupo de personas. El Estado ecuatoriano deberá adoptar medidas positivas dirigidas a la protección de aquellos sectores etarios generalmente discriminados como los jóvenes, o las personas de la tercera edad.

¹⁰⁰⁵ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Expediente No.412-12.

Consideraciones intermedias

Las acciones de discriminación reconocidas en la Constitución ecuatoriana se orientan sobre la base de tres elementos: la existencia de un sistema de diferencias entre las personas; la jerarquización de los grupos; y la existencia de estructuras y discursos que apoyen esas relaciones escalonadas y de dominio de un grupo sobre otro.

En Ecuador, la Constitución de 2008 reconoce la prohibición de discriminación y establece su regulación jurídica a través de leyes específicas. La protección legal refiere la necesidad de brindar una atención especializada a grupos prioritarios como las mujeres, las personas con discapacidad, las enfermas de VIH/SIDA, mayores de edad, migrantes, entre otras.

A pesar de que existen varias disposiciones normativas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que reconocen el principio de no discriminación, en la práctica persisten acciones que vulneran los derechos de los sectores más débiles, siendo necesario que el Estado ecuatoriano promueva el perfeccionamiento de los mecanismos creados para tal efecto, sumando medidas integrales ante los supuestos de vulneración de los derechos de las personas.

La Corte Constitucional de Ecuador, como órgano que tiene a su cargo la defensa de los derechos constitucionales, no solo se limita a interpretar la Constitución y demás cuerpos legales, corrigiendo las malas prácticas que persisten entre los operadores jurídicos y actores sociales a pesar de la claridad de las normas, sino que además establece guías y fundamentos de actuación ante supuestos discriminatorios que aún no encuentran un reconocimiento legal completo.

El ámbito laboral es uno de los que, con más frecuencia, muestra manifestaciones discriminatorias. No obstante, en un examen del mercado laboral ecuatoriano, resultan evidentes los cambios producidos en su dinámica, ajustándose a nuevos parámetros de inclusión social reflejados en la prohibición de aplicación de criterios de selección discriminatorios, así como el despido de una persona por portar una enfermedad, la limitación o negativa de acceso al

empleo por razón de género, identidad sexual, edad, lugar de nacimiento, discapacidad, entre otros.

A pesar de los logros alcanzados, aún persisten supuestos de discriminación que se reflejan en la praxis jurídica y en la jurisprudencia analizada, siendo necesario un papel proactivo del Estado ecuatoriano que promueva la adopción de medidas de acciones positivas y promulgue un tratamiento jurídico más integral ante los supuestos de discriminación.

La inversión de la carga de la prueba es una garantía procedimental del derecho a la igualdad y la no discriminación que permite restablecer el equilibrio entre las partes litigantes, aligerando la carga del demandante, víctima del fenómeno vejatorio, a partir de la consideración de los factores económicos, subjetivos y probatorios, propiamente dichos. En tal sentido, se aprecia un desarrollo considerable en la aplicación de esta garantía en la institucionalidad de la Unión Europea y también en España; sin embargo, en el Ecuador es preciso emprender la marcha para abandonar el lastre tradicional y avanzar en la búsqueda de una justicia que emplee todas las herramientas válidas disponibles, como sucede con la figura señalada.

CAPÍTULO V. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS. TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL DERECHO EUROPEO Y EL ECUATORIANO

La incorporación del principio de no discriminación en las relaciones jurídicas privadas, y específicamente, en el moderno Derecho de Contratos, es en la actualidad un tema novedoso para los estudiosos del Derecho Civil. Sin embargo, los últimos años han servido para despertar el interés entre los juristas como consecuencia de su reconocimiento en el Derecho internacional de los derechos humanos, en el Derecho de la Unión Europea, y también en el ordenamiento jurídico interno de varios países.

No obstante, el camino para su aplicación efectiva y real genera una delicada interrelación entre dos principios fundamentales reconocidos en los diferentes ordenamientos jurídicos: la libertad contractual y el principio de no discriminación.

En ese sentido, el capítulo tiene como objetivo realizar una propuesta de regulación jurídica que incluya la incorporación del principio de no discriminación en el moderno Derecho de Contratos. Para ello, se ha utilizado como referente el Derecho europeo, con el objetivo de tomar las principales pautas de regulación jurídica que permitan articular, desde el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los diversos tipos de discriminación y los diferentes ámbitos en los que se puede aplicar la prohibición de discriminación en las relaciones jurídicas contractuales.

5.1. El principio de no discriminación como límite a la autonomía privada

A ningún derecho se le reconoce el carácter de absoluto, y esta afirmación no es una novedad, pues todos los derechos que han sido reconocidos en las

constituciones de diferentes ordenamientos jurídicos tienen límites¹⁰⁰⁶. La autonomía privada, como principio, también está sujeta a límites, pues el arbitrio individual debe estar acotado para mantener el orden social. Se le imponen límites legales, de orden público, y los dictados por la moral y las buenas costumbres. En tal sentido se ha expresado:

(...) También es principio general del derecho que no hay derechos absolutos, por lo tanto, los alcances de la autonomía privada “es un problema de límites”: otorgar carácter absoluto a la autonomía de la voluntad genera un imperio sin límites al arbitrio personal que provoca la anarquía (...) ¹⁰⁰⁷.

Cuando pensamos en el moderno Derecho de Contratos, la primera idea que lo caracteriza es la autonomía privada. Y es que las personas, tanto naturales como jurídicas, son libres para decidir si desean establecer una relación contractual o no, con quién desean establecerla, y los presupuestos que en ella acordarán¹⁰⁰⁸.

No obstante, esta libertad estará sujeta a una serie de reglas, conocidas como limitaciones a su ejercicio. Dichas limitaciones vienen impuestas por el dirigismo contractual, el intervencionismo estatal en la economía, la proliferación de las normas de *ius cogens*, y en definitiva, por las transformaciones que la dogmática contractual ha experimentado. Al decir de MESSINEO, la autonomía no es, ni

¹⁰⁰⁶ Por solo citar algunos ejemplos, el Código Civil español se refiere a los límites en el artículo 1255 cuando expresa: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”; el artículo 454.2 del Código Civil de Bolivia establece: “La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica”. Sin embargo, el Código Civil de Ecuador no se refiere explícitamente a los límites en un solo precepto, sino que exige como requisito de validez para la celebración de cualquier acto jurídico que este debe ser física y moralmente posible, entendiéndose que moralmente imposible aquellos actos prohibidos por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público. De esta forma queda prescrito el reconocimiento de los límites a la autonomía privada. *Vid.* artículos 567, 1477, 1483 y 1491 del Código Civil de Ecuador. Al parecer este es el criterio seguido por otros Códigos Civiles de Latinoamérica como Colombia (artículos 636, 1518, y 1524); Chile (548, 1475, 1461 y 1467) y Argentina (artículo 502, 794).

¹⁰⁰⁷ ALTAMIRA GIGENA, Raúl Enrique y Gabriel TOSTO, “Autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo. Justicia social, principio de protección e irrenunciabilidad. Una concepción robusta de los derechos individuales del trabajador de fuente contractual, *en Anales: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, tomo 49, 2010, pp. 135-164.

¹⁰⁰⁸ Esta idea básica queda recogida en el Marco Común de Referencia y también en el primer artículo de los *Principes directeurs du droit européen du contrat*. *Vid.* JEREZ DELGADO, Carmen, Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 31 y GOUBINAT, Marine, “Les principes directeurs du droit des contrats”, *Droit*. Université Grenoble Alpes, Français, 2016, pp. 2-5.

puede ser ilimitada, por el contrario, está sometida a límites dirigidos a la tutela de los intereses generales (aspecto social de la autonomía de la voluntad), y a los intereses de los terceros, los cuales no se podrían dejar a merced del individuo¹⁰⁰⁹.

En ese caso, la autonomía privada es una potestad que tiene prohibiciones restrictivas de su alcance, con el único propósito de no hacerla absoluta, pues en cada ordenamiento jurídico se establecen, aunque de forma indirecta, los medios dentro de los cuales se puede ejercer dicha autonomía. De forma tal que la autonomía encuentra su propio campo de actuación y, consiguientemente, su propia fuerza de autorregulación. En otras palabras, aunque algún autor estime que las limitaciones a la libertad de contratar atentan contra la libertad de la persona¹⁰¹⁰, la autonomía lleva implícito el concepto de límite¹⁰¹¹.

La defensa enérgica de la autonomía privada corresponde al siglo pasado, donde las limitaciones eran mínimas. Sin embargo, en la actualidad, la libertad contractual de los negocios jurídicos privados, y especialmente, los contratos, han requerido un gran número de limitaciones, lo que no significa que la libertad contractual esté más limitada, sino que, la intervención del Estado se ha manifestado con mayor énfasis para ordenar y regular las relaciones privadas.

En ese orden se pronuncia la Audiencia Provincial de Sevilla al expresar:

“Es innegable la vigencia en el ámbito contractual de los principios de libertad contractual y de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.255 del Código Civil, sin que exista más límites que los que se derivan de las normas imperativas, la moral y el orden público. En base a ello, se afirma la existencia de una serie de principios éticos y sociales de carácter imperativos que ponen límites, con fundamento en el interés general, a la autonomía privada. Dicho precepto, como señala la Sentencia de 30 de abril de 2.002 : «autoriza a los contratantes a «establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público», consagra, como ha recogido la sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 1987, el principio de autonomía de la voluntad y autoriza a modificar el esquema del contrato tipo previsto por el legislador hasta el punto

¹⁰⁰⁹ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y Comercial*, tomo II, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 340.

¹⁰¹⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, Introducción. Teoría del Contrato, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 120.

¹⁰¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Tomo I, Segunda Edición, Lima, 2001, p. 199; SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Negoziio giuridico e autonomia privata*, en AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, (Congreso de los civilistas italianos, Venezia, 23 – 26 junio 1988), Padova, 1991, p. 298.

Capítulo V. La incorporación del principio de no discriminación en el moderno derecho de contratos. Especial referencia al ordenamiento jurídico ecuatoriano

de deformarlo mediante la combinación o adición de pactos especiales, dando así vida a un contrato distinto”¹⁰¹².

Puede hablarse entonces de dos clases de límites: los límites intrínsecos, aquellos que proceden de la voluntad propia de los sujetos contratantes; y los límites extrínsecos, aquellos que son impuestos por la ley. En ese sentido, se ha pronunciado la Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia de Quito plasmando de manera precisa y acertada ambos límites.

Debe considerarse que aunque el ordenamiento jurídico en la disposición legal antes transcrita ha consagrado la autonomía de la voluntad privada, ésta tiene ciertos límites, tanto intrínsecos como extrínsecos. Los límites intrínsecos resultan de su función misma, porque siendo la autonomía la potestad reconocida por el ordenamiento jurídico a los particulares para regular sus intereses por sí solos, el límite de vigencia de la autonomía termina cuando se ha alcanzado la regulación de tales intereses y no alcanza, por regla general, a los intereses de terceros; en cambio, los límites extrínsecos se fundamentan en el orden público, ya que la voluntad particular, al concertar negocios jurídicos, no puede sustituir, modificar ni renunciarlas normas que interesan al orden público, el cual determina la imperatividad de las normas que prescriben los requisitos que ha de satisfacer cada uno de los elementos que conforman la estructura del negocio, teniendo dicho orden público, tanto en la función de dirección como en la de protección, un papel limitante de la autonomía privada, la que no puede traspasar los límites que el mismo señala¹⁰¹³.

Los límites intrínsecos significan que, aun y cuando, las partes dentro de una relación jurídica gozan o deben gozar de una posición de igualdad jurídica, en muchos casos, esa igualdad se verá limitada por las grandes diferencias económicas o de otra índole que exista entre los sujetos. Por ejemplo, empleadores y empleados; empresarios y consumidores; ejerciendo el más fuerte una gran influencia o el control casi absoluto sobre el contenido contractual, al punto de imponer sus términos mediante un pliego de condiciones generales que no pueden negociarse y que suelen tener cláusulas abusivas¹⁰¹⁴.

¹⁰¹² Sentencia Civil No. 377/2011, Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5, Rec 1102/2011 de 16 de Septiembre de 2011.

¹⁰¹³ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de Noviembre 13 de 2003, Quito.

¹⁰¹⁴ *Apud.* DíEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil... cit.*, pp. 380-382; FARINA, Juan Manuel, *Los contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 148-150; WANJTRAUB, Javier H., *La protección jurídica del consumidor*, LexisNexis y Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 106; ALFERILLO, Pascual Eduardo, “Cláusulas abusivas, nulidad e integración del contrato de consumo”, en AA.VV., *Tutela jurídica de los consumidores*, Alferillo, Pascual Eduardo ALFERILLO (coord.), Universidad Nacional, San Juan, 2010, p. 151.

Los límites extrínsecos son aquellos que se imponen a las partes por la actuación de una fuerza exterior a su voluntad. Se analizará en ese sentido la forma en que la ley, con la intención de lograr justicia y equidad, limita a los particulares en virtud de prohibiciones legales amparadas en la moral, las buenas costumbres, y el orden público¹⁰¹⁵.

Por moral debe entenderse el conjunto de convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica¹⁰¹⁶. Bajo la moral social se incluyen los intereses, valores, convicciones de orden ético y las estructuras de clase, reconocidas por la comunidad jurídica y que naturalmente variarán de sociedad en sociedad. Por ese motivo, le corresponderá a cada una definirla, y justamente a ella se refiere el Derecho¹⁰¹⁷.

Estrechamente vinculado con la moral se encuentran las llamadas buenas costumbres, reconocidas también en casi todos los códigos civiles¹⁰¹⁸. Constituyen reglas que se relacionan y vinculan estrechamente con las normas morales que integran el orden público en una época determinada, porque contribuyen a la armonía social, y cuya violación puede traer consigo la nulidad de una convención.

En cambio, el orden público se identifica con la organización general de la comunidad y sus principios fundamentales. Es definido como aquellas instituciones y reglas destinadas a lograr el adecuado funcionamiento de los servicios que se prestan al público, así como la seguridad y moralidad de las

¹⁰¹⁵ CÁNOVAS, Espín, "Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa", en *ADC*, 1963, p. 791.

¹⁰¹⁶ Se trata de un concepto que no permite una definición más precisa. *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985, p. 296.

¹⁰¹⁷ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B, "De la autonomía de la voluntad y sus límites", en AA.VV., *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (Coord.), Félix Varela, La Habana, 1999, p. 215 y 216.

¹⁰¹⁸ En tal sentido puede citarse el artículo 6 del *Code Civil* francés, que se refiere al término "*bonnes moeurs*", artículo 6 del Código Civil de la República Dominicana que lo transcribe del francés utilizando la expresión "buenas costumbres", artículo 1255 del Código Civil español que hace referencia a la "moral", y en idéntica posición los artículos 1207, 1547 y 1106 de los Códigos Civiles de Puerto Rico, Honduras y Panamá, respectivamente, que inspirados en su precedente español lo toman textualmente. En el caso del Código Civil de Ecuador, los artículos 1477, 1483 y 1491 se refieren al término buenas costumbres. *Vid.* Código Civil, Aprobado por la Asamblea Nacional del Ecuador, Guayaquil, 21 de noviembre de 1855.

relaciones entre los sujetos particulares, cuya aplicación no puede ser excluida, en principio, por los contratantes¹⁰¹⁹. En la actualidad, dentro del orden público se encuentran aquellos temas ubicados dentro del orden constitucional, como son la dignidad y las sus libertades básicas de la persona, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, entre otros, que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado¹⁰²⁰.

Además de las limitaciones antes descritas, la autonomía privada es restringida no sólo por la ley mediante la moral, las buenas costumbres, y el orden público, sino también por otras circunstancias o situaciones de hecho. Nos referimos a los límites que encuentran fundamento en razones superiores a la mera libertad individual de la persona, como es la protección de la justicia cuando no hay relación de igualdad (por ejemplo, los derechos de los consumidores), o bien cuando se encuentra afectado el orden público con base en el bien común o de todos (como el respeto a las relaciones de familia), entre otros.

Es en este ámbito, donde el principio de igualdad y no discriminación interviene o se configura como límite a la autonomía privada. En tanto criterio que asienta sus raíces en valores como la igualdad, la justicia y la dignidad humana, impide a los particulares establecer o imponer cláusulas en las relaciones contractuales que sean vejatorias por alguna de las causales mencionadas en anteriores capítulos. En tal sentido, la interpretación de la disposición negocial que expresa o disimuladamente genere un efecto discriminatorio, podrá ser considerada nula por ser contraria a Derecho y a los valores fundantes del ordenamiento jurídico. Cuestión que conecta el tema axiológico con una expresa prohibición de atacar los fines del orden constitucional.

Por otro lado, el tema deviene en lógica cuestión de orden público, pues la norma constitucional regula expresamente la igualdad y no discriminación en su dimensión axiológica y también como derecho humano. De tal modo, la autonomía de la voluntad de particulares y entes públicos estará condicionada

¹⁰¹⁹ CAPITANT, Henri, *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961, p. 39.

¹⁰²⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial... cit.*, p. 130.

por esta importante regla. Es preciso destacar que si bien la autonomía de la voluntad puede interactuar con el principio mentado en cualquier ámbito de la contratación, es en el terreno de la contratación masiva, con consumidores y usuarios, y en los contratos laborales, donde parecen tener una mayor interactividad y, por tanto, resulta esta el área donde la igualdad y la no discriminación actúa con mayor intensidad en su función de límite a la voluntad de las partes¹⁰²¹.

En todo caso, las limitaciones a la libertad contractual están sujetas a la interpretación que se les dé, atendiendo a la *ratio legis* de la norma que las reconozca como tales, a las circunstancias históricas y a las concepciones éticas, políticas, jurídicas, y de toda índole, imperantes en el Estado en cuestión, cuya legislación las imponga. Ello queda ratificado al ser considerado el principio de igualdad y no discriminación como límite a la libertad para contratar, toda vez que no siempre fue vista como límite en materia de relaciones contractuales, mientras que la contemporaneidad testimonia una fuerza expansiva creciente y su reconocimiento constitucional.

5.2. La relación entre el principio de igualdad y libertad contractual

En el amplio espectro de la relaciones jurídicas *ius privatistas*, con sus elementos y características propias, el contrato emerge como el contexto más idóneo para la comprensión del fenómeno de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales¹⁰²², y un importante punto en el que derechos como la igualdad y

¹⁰²¹ BILBAO UBILLOS, Juan María, "Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público" en *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Manuel Carrasco Durán, Francisco Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez, Manuel José Terol Becerra (coord.), Vol. 1, 2006, p. 823; REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo... cit.*, p. 67; CARRASCO PERERA, Ángel, "El principio de no discriminación por razón de sexo", en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, No. 11-12, 1991, pp. 9-38; BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo, "Principio de igualdad y derecho privado", en *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 2, Madrid, 1990, p. 424.

¹⁰²² La comprensión de los derechos fundamentales como generadores de obligaciones de garantía y respeto por parte del Estado y de terceros, generando límites y cambios de comportamientos externos a sus titulares de manera individual, y, por tanto, pautando las relaciones jurídicas, se proyecta hacia la mencionada eficacia horizontal de los derechos fundamentales o teoría de la *Drittwirkung*.

la libertad, materializan sus efectos basados en la autonomía privada, extremo ya analizado, que deviene pieza central del negocio jurídico.

No hay que dudar que es en el Derecho de Obligaciones y Contratos donde más se siente el influjo de la libertad jurídica, en el sentido del respaldo legal a la libre decisión del individuo de concertar, o no, cualquier contrato y determinar su contenido (libertad para contratar y libertad para perfilar el contrato), como sostiene con acierto LALAGUNA DOMÍNGUEZ¹⁰²³. A su vez, la igualdad adquiere matices *sui generis* en materia contractual, y encamina estas relaciones patrimoniales hacia la invalidación de todo desequilibrio entre sus elementos subjetivos, que pudieran afectar la justicia contractual.

Estas ideas apuntan a comprender de forma sistémica el concepto moderno de contrato, bajo la influencia del voluntarismo jurídico, basándose así en tres presupuestos fundamentales, a saber: la economía liberal fundada en el *laissez faire*; la igualdad de los contratantes, y la autonomía privada.

A partir de este último principio, los sujetos de las relaciones jurídicas pueden configurarlas en un ámbito de libertad; permitiéndole a la persona decidir libremente si establece o no relaciones jurídicas, con quien y bajo que contenido¹⁰²⁴. Por tanto, ante la voluntad privada, concebida como la fuente autónoma y suprema de los efectos jurídicos del contrato, el legislador solamente tiene una misión, cuidar de ella.

Se reconoce así que la libertad de contratar se encuentra limitada por lo dispuesto por el ordenamiento jurídico al momento de celebrarse el contrato, por lo que de esta forma existe un marco jurídico diseñado por el ordenamiento jurídico que las partes no pueden exceder. Si bien es cierto que los contratantes tienen la libertad de configuración interna del negocio jurídico, solo podrán actuar dentro del marco permitido.

¹⁰²³ “El contrato es el paradigma del poder de vinculación del propio comportamiento de la persona en el orden jurídico. De tal modo, la libertad contractual viene a ser uno de los principios cardinales del orden jurídico. Vid. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 2ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 41.

¹⁰²⁴ RIVERA, Julio César, *Instituciones del Derecho Civil- Parte General*, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 75 y 76.

En tal sentido, pueden mencionarse la fijación de los precios en las compraventas y arrendamientos, el establecimiento de salarios mínimos y prestaciones sociales en los contratos laborales, la regulación de los intereses en los contratos de crédito, entre otras, como la total exclusión de los particulares en la celebración de ciertos actos que antes les estaban permitidos, es decir, aquellos que tienen por objeto la prestación de los servicios públicos monopolizados por el Estado. Todas se erigen como manifestaciones de que estas regulaciones públicas estrechan e invaden cada vez más y, en muchos casos en forma excesiva y no ponderada, el campo de acción de la autonomía de la voluntad privada, representando el fenómeno conocido como crisis del contrato moderno¹⁰²⁵.

Ejemplo de esta imposición de límites constitucionales a la libertad de contratar ocurrió a inicios del siglo XX, en el que un panadero neoyorquino demandaba la inconstitucionalidad de una ley estatal que fijaba un máximo de horas laborables para los trabajadores. Como respuesta, la Corte Suprema de los Estados Unidos adoptó una posición libertaria extrema en *Lochner v. New York*, donde el Tribunal declaró inválida la norma del Estado de Nueva York que regulaba los contratos laborales, imponiendo un límite de horas semanales al trabajo aportado por el empleado. En ese caso, La Corte asumió que la decisión del Congreso perseguía un fin ilegítimo al establecer el derecho a contratar de este modo¹⁰²⁶.

Por tales razones, la prohibición de discriminación constituye una limitación a la libertad contractual, no obstante, a pesar de esas limitaciones, no puede negarse la estrecha relación existente entre la libertad de contratación y la autodeterminación; relación que establece el alcance de la libertad de celebrar un contrato y la determinación del contenido de este. De esta forma, solo

¹⁰²⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, editorial Temis S.A, Santa Fé de Bogotá, 1994, p.12.

¹⁰²⁶ Después de esa decisión, la sentencia del caso *West Coast Hotel Co. V. Parrish* puso fin a la época en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretaba que la Constitución no habilitaba al Estado a ejercer prácticamente ninguna interferencia con la libertad de contratar. A partir de entonces, la Corte elaboró una teoría fundada en la Constitución que habilitaba al Estado federal a imponer límites a esa libertad con el objeto de asegurar la igualdad de trato. *Vid.* BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y Julio V GONZÁLEZ GARCÍA, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 174.

tomando en cuenta esa relación es que podrá determinarse si en realidad, la existencia de la prohibición de discriminación a los contratantes, traería consigo una limitación de los derechos reconocidos por la libertad de contratación.

En ese sentido, cuando se analiza detenidamente el contenido de la autonomía privada, se observa que en la libertad de contratar va implícito el derecho a la autodeterminación de ambas partes en el contrato, pues en ningún caso puede hablarse de autodeterminación de una sola de las partes.

La voluntad expresa de ambas partes en el contrato refleja el verdadero contenido de la libertad de contratación, pues en caso de desequilibrio entre los contratantes, los resultados no serán reconocidos por el ordenamiento jurídico, que para considerarse coherente y pleno, debe comprometerse a garantizar una libertad que sea compatible con la libertad del otro, y solo en el supuesto de lograr ese equilibrio contractual, puede asumirse que el contrato cumple.

El equilibrio de los contratantes, sin dudas, se equipara a la idea de igualdad, elemento que ha estado presente en la teoría del contrato, en el que el consentimiento entre las partes mediante el cual se materializan sus fines, intereses y objetivos, presupone la igualdad, entendida como igualdad formal de todos los sujetos de la relación jurídica, que impide cualquier imposición de discriminaciones, por ejemplo, las diferenciaciones en la libertad de contratar por razones como la raza o el sexo.

Por ello, bajo la rúbrica de la denominada justicia contractual, la libertad contractual y la igualdad adquieren una dimensión axiológica, y por tanto, tienen una traducción en las manifestaciones de actuación de los sujetos en el vínculo jurídico basados en la autonomía privada, cumpliendo claro está, con las respectivas limitaciones que impone la ley.

5.2.1. La libertad contractual y su relación con el principio de igualdad de trato

Durante todo el *íter* contractual, los nexos de voluntades e intereses de las partes resultan diferentes y en ocasiones contrapuestas, de tal modo que en ocasiones llega a configurarse un escenario idóneo para prácticas discriminatorias, siendo

estas el resultado de la propia confrontación y tensión existente entre el principio de libertad contractual y el principio de igualdad de trato. Por esta razón, se pretende realizar una distinción entre los modelos de libertad, y la materialización del derecho fundamental de igualdad en las relaciones contractuales.

La libertad contractual es, sin dudas, una manifestación del sistema de valores establecidos constitucionalmente que incorpora contenidos axiológicos, de validez universal porque irradian en todas las direcciones y en todos los ámbitos del Derecho, en este caso, el Derecho de Contratos, a través de la cual, los derechos fundamentales también garantizan la esfera de libertad del particular, como bien reconoce la teoría de la eficacia frente a terceros o la eficacia jurídica objetiva de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*)¹⁰²⁷.

En tal sentido, y marcando pautas respecto a la protección y reconocimiento de este derecho, autores como SABA afirman que el derecho a contratar libremente se encuentra reconocido por el Derecho Constitucional y se basa en la libertad de las personas para establecer acuerdos con las personas que deseen y en los términos que las propias partes acuerden. No obstante, esa libertad que puede considerarse amplia en dependencia de la posición que se adopte, siempre va a encontrar límites en las regulaciones de orden estatal¹⁰²⁸.

Las limitaciones de orden estatal van mucho más allá, no se trata de limitar o constreñir el derecho, sino de tener en cuenta posiciones que no son admisibles en el ejercicio del derecho a contratar, por ejemplo, cuando se establece que el objeto del contrato no puede ser ilícito, el establecimiento de regulaciones estatales que vulneren este derecho, como la elección del otro contratante, las condiciones o plazos a cumplir; y por otro, la defensa de una libertad de contratar que no admita ningún tipo de restricción (ni siquiera la de la ilicitud del objeto del contrato).

¹⁰²⁷ Resulta innegable que los derechos fundamentales surten efectos en las relaciones privadas, pues si éstos son derechos de las personas, que, además se materializan en la sociedad, desplegarán sus efectos en todos los tipos de relaciones que se desarrollen entre los particulares, dígame relaciones mercantiles, laborales, contractuales, entre otras. No tendría fundamento hablar de la libertad o la igualdad como derechos frente al Estado, si justamente los derechos fundamentales se materializan en el ámbito de las relaciones sociales.

¹⁰²⁸ SABA, Roberto Pablo, "Igualdad de trato entre particulares", en *Lecciones y Ensayos*, No. 89, Buenos Aires, 2011, pp. 246 y 247.

Sobre estos dos extremos, cabría hablar entonces del marco de la libertad contractual en las relaciones como expresión de la autonomía de la voluntad, la que podría limitarse desde el ámbito normativo con miras a asegurar el derecho a la igualdad de trato y garantizar un mínimo de justicia en la relación que surja entre los contratantes.

Por ello, resulta irrefutable la confrontación entre la libertad contractual y la igualdad de trato en el marco del equilibrio contractual y su ulterior valoración con la prohibición de discriminación. No se trata en este caso de atacar el derecho a decidir con total libertad si contratan o no, y con quién hacerlo, sino que debe partirse de una libertad de contratación compatible con la existencia de una obligación de contratación en casos de bienes que sean relevantes y compatibles con el contenido del contrato en casos de desequilibrio negocial. Pero que, sin embargo, sigue garantizando la posibilidad de negarse a contratar con alguien por razones como su sexo, raza u otras, si la negativa no tenía lugar de forma vejatoria, y no existía una dependencia de la víctima de la discriminación respecto del discriminador¹⁰²⁹.

Ante ello, resulta trascendental la existencia de un ordenamiento jurídico coherente, donde la libertad sea uno de sus valores centrales, en el que se garantice la libertad de contratación a través de la intervención estatal de los poderes públicos, para destruir todas las manifestaciones de exceso de libertad en detrimento del ámbito de libertad de otro sujeto.

La protección de la libertad de contratar implica que el legislador niegue la eficacia de aquellos contratos que solamente sean el instrumento de autodeterminación de una de las partes en detrimento de la otra, cuya ruptura con el equilibrio contractual sea manifiesta. El contenido de la libertad de contratar no puede entenderse como la no intervención del Estado como máxima autoridad en la autorregulación de los particulares, sin que constituya un férreo intervencionismo capaz de soslayar la autonomía de la voluntad en los negocios privados.

¹⁰²⁹ AGUILERA RULL, Adriana, "Prohibición de discriminación y libertad de contratación", en *INDRET, Revista para análisis del Derecho*, No. 1, Barcelona, febrero 2009, p. 26.

Mediante la protección de la libertad de contratación, se exigirá al legislador negar la eficacia de aquellos contratos que solo constituyan un instrumento de autodeterminación de una de las partes en menoscabo de la otra¹⁰³⁰, cuya ruptura con el equilibrio contractual sea manifiesta. Por ello, la libertad de contratación no significa la no intervención estatal en la autorregulación de los particulares, sin que constituya un férreo intervencionismo capaz de soslayar la autonomía de la voluntad en los negocios privados; sino todo lo contrario, si la libertad contractual y el poder de autonomía privada derivan de la ley desde sus inicios, entendida esta al modo roussoniano¹⁰³¹, no puede discutirse el poder de la ley para restringirla o, en ocasiones, anularla.

Podremos entonces hablar de materialización de la libertad contractual, en el contexto de la actuación autodeterminada de los contratantes, sin que medie la intromisión en el ámbito de libertad de otro, así como los diferentes mecanismos de garantía de la misma, establecidos los límites por el legislador en las normas de carácter imperativo¹⁰³² y sujetas a los requerimientos del orden constitucional.

En conformidad con lo anteriormente expuesto, cabe resaltar que estas limitaciones provenientes de las normas imperativas, a pesar de tener como objetivo y finalidad la garantía del equilibrio y la justicia contractual, nunca irán en detrimento del espacio de libertad privada. Por ello, su aplicación llevará siempre un alto grado de actividad interpretativa para la determinación de las posibles conductas discriminatorias que se alejan de la igualdad en las relaciones contractuales.

¹⁰³⁰ En ese sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Federal: "Tales limitaciones son imprescindibles porque la autonomía privada se basa en el principio de la autodeterminación, es decir, presupone que las condiciones de libre autodeterminación están dadas de hecho. Si una de las partes contractuales goza de un dominio tal, que le posibilita imponer unilateralmente regulaciones contractuales, esto conlleva para la otra parte contractual "determinación ajena". En casos de falta de equilibrio de fuerzas de los afectados, no puede garantizarse por medio del derecho de contratos un adecuado equilibrio de los intereses. Si, en estas circunstancias, se renuncia a posiciones garantizadas por derechos fundamentales, deben intervenir regulaciones estatales para garantizar la protección del derecho fundamental". *Vid.* AGUILERA RULL, Adriana, *Contratación y diferencia... cit.*, p. 77.

¹⁰³¹ DíEZ-PICAZO y Ponce de León, Luis "Contrato y Libertad Contractual", en *THEMIS, Revista de Derecho*, No. 49, 2004, p. 12.

¹⁰³² En términos generales, puede decirse que son imperativas las normas que contienen prohibiciones y las que establecen para su observancia la sanción de nulidad, aunque se trata siempre de un problema abierto.

De esta forma, el principio de igualdad de trato en las relaciones contractuales pertenece a la categoría de aquellos principios que entran en conflicto, o en concurrencia, con la libertad contractual. Ello acontece porque ambos denotan un contenido axiológico y finalidades de las partes en el negocio que generan un visible punto de colisión entre la libertad en el contrato y la igualdad como camino evidente para la justicia contractual¹⁰³³.

En tal sentido, sin romper con la dinámica de la autonomía privada materializada en la libertad contractual, se hace necesario tomar en cuenta las pautas interpretativas que permitan aplicar las normas para dirimir los conflictos que entre estos principios se puedan crear. No se trata entonces de ver la igualdad como un límite a la libertad, sino comprender que ambos se encuentran concatenados en estas relaciones y, por tanto, uno no debe romper el plano material del otro.

Por consiguiente, no se puede sacrificar el principio de libertad contractual, mientras que la aplicabilidad del principio de igualdad debe ser matizado y atenuado por el contenido y la lógica del Derecho Privado, a fin de comprender el fenómeno en cuestión y dar paso al ulterior análisis de los elementos más significativos en la aplicación de la igualdad, así como su materialización y eficacia en los contratos privados.

5.3. El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones contractuales

El Derecho de contratos constituye uno de esos ámbitos a los que se ha extendido la igualdad de trato y el principio antidiscriminatorio. Por tanto, la relación entre el principio de igualdad, no discriminación y la autonomía privada, acompaña la evolución del contrato como institución jurídica.

Es preciso plantearse si el Derecho antidiscriminatorio también puede ser aplicado a las relaciones entre particulares, considerando sobre todo la forma en

¹⁰³³ INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado", en *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Carolina Mesa Marrero y María del Carmen Grau Pineda (coord.), Madrid, 2014, p. 194.

que puede llegar a afectarse la libertad contractual. Del análisis realizado hasta el momento sobre los aspectos generales del principio antidiscriminatorio, resulta válido afirmar que al estar este último vinculado directamente a la dignidad humana, no puede ser vulnerado ni por el poder público, ni por el particular. Por tanto, debería prohibirse la acción discriminatoria cuando es realizada por un miembro del grupo superior sobre el inferior, obligando de este modo a que todo el mundo, incluso los particulares, esté obligado a respetar su cumplimiento¹⁰³⁴.

El problema central de reconocer la aplicación del principio de no discriminación en las relaciones entre privados se centra en el hecho de que la persona que reclama la ejecución de una garantía constitucional, lo hace frente a un sujeto que también goza de la protección ofrecida por los derechos fundamentales¹⁰³⁵.

En el plano axiológico, la protección contra la discriminación representa una tensión entre el principio de igualdad de trato y la libertad contractual, pues los derechos fundamentales han tenido siempre una historia tormentosa en el ámbito privado, presentándose soluciones incompletas que han permitido solo una “eficacia indirecta” (*mittelbare Drittwirkung*) del derecho fundamental, puesta en entredicho por la acción de un particular.

El modelo sustantivo de igualdad en su nivel axiológico afecta el contenido mismo de la finalidad perseguida, al considerar el estado del sujeto de derecho privado sin diferenciación alguna con la libertad contractual. Esta última, no conlleva a la realización de un orden de preferencia que tenga fundamentos externos, sino que se basa en la consecución de las preferencias subjetivas del individuo. Por lo que se refiere al modelo formal de libertad, todos los sujetos privados pueden ejercer la libertad contractual por sí mismos y decidir su aplicación en función de su voluntad¹⁰³⁶.

En esta idea se incardinan los fundamentos filosóficos de dos principios que se contraponen: el principio de libertad contractual, tanto en su concepción formal-

¹⁰³⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 113.

¹⁰³⁵ NIPPERDEY, Hans Carl, “Grundrechte und Privatrecht”, en *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*, Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1962, p. 27.

¹⁰³⁶ NEUNER, Jorg, “Protection against Discrimination in European Contract Law”, in *ERCL*, No. 1, Augsburg, 2006, pp. 40 y 41.

individualista, como material-teleológica; y el principio de igualdad de trato (en cuanto carácter parcialmente jurídico), desde la legitimación del mandato del Estado social, considerándolos también desde el primado del derecho, y tomando en consideración la posible extensión de su protección¹⁰³⁷.

La libertad individual (en su vertiente negocial o asociativa), debe incluir un margen de arbitrariedad, pues su abolición conllevaría a un totalitarismo que implicaría que las personas ejerciten sus derechos subjetivos en forma idéntica¹⁰³⁸. Los particulares estarían vinculados en general por el derecho de igualdad, siéndoles aplicable la prohibición de discriminar a otras personas y, consecuentemente, esta prohibición se ponderaría con otros derechos de libertad, además de los conferidos por la autonomía de la voluntad¹⁰³⁹.

Dentro de los argumentos favorables al reconocimiento de la prohibición de discriminar en las relaciones entre particulares, se establece el daño que ocasiona el actuar discriminatorio¹⁰⁴⁰. Con respecto a ello, se identifican varias interrogantes, dentro de las que destaca la determinación del daño, que puede interpretarse de forma subjetiva, objetiva o mixta, a lo que se le suma la necesidad de determinar si el nivel del daño resulta suficiente para aplicar la prohibición de la discriminación¹⁰⁴¹.

Otra de las justificaciones planteadas se configura en la intención del sujeto de causar daño, lo que resulta muy difícil de probar, imposible en algunos tipos de

¹⁰³⁷ INFANTE RUIZ, Francisco Juan, "La protección contra la discriminación mediante el derecho privado: A modo de recensión del libro a Stefan Leible y Monika Schlachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier-European Law Publishers, München, 2006", en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, No. 21, Barcelona, 2008, p. 12.

¹⁰³⁸ BILBAO UBILLOS, Juan maría, "Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares", *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, No. 18, Madrid, 2006, p. 150.

¹⁰³⁹ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares... cit.*, pp. 95 y 96.

¹⁰⁴⁰ KOPPELMAN, Andrew, "¿Should Noncommercial Associations Have an Absolute Right to Discriminate?", in *Law and Contemporary Problems*, No. 67, Carolina del Norte, 2004, p. 43; LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, "Private Discrimination: A Prioritarian, Desert-Accommodating Account", in *San Diego Law Review*, No. 43, 2006, p. 83; DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, "La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 1er semestre, Santiago de Chile, 2014, pp. p. 151.

¹⁰⁴¹ VAQUER ALOY, Antoni, "El concepto de daño en el derecho comunitario", en *AA.VV, Estudios de derecho de obligaciones, homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, Madrid, 2006, p. 289.

discriminación como la inconsciente y la estructural¹⁰⁴². La tercera de las justificaciones para prohibir la discriminación entre privados es su significación en el ámbito social, amparada en la importancia que representa la limitación de estos actos que afectan derechos fundamentales de grupos vulnerables.

La cuarta justificación se encuentra en la necesidad de evitar efectos como la exclusión, la mala distribución de bienes, la individualización negativa de ciertos grupos, y la jerarquización de la sociedad, que, a pesar de su pertinencia, conlleva a la dificultad de relacionar actos discriminatorios con efectos sociales.

De todas las justificaciones mencionadas, se deduce que, a pesar de las dificultades que pueda acarrear la aplicación del principio de no discriminación en las relaciones entre particulares, la importancia del objeto protegido ampara las limitaciones que podrían establecerse en el ámbito privado. Aspecto que no implicaría una absolutización de su aplicación, pues conllevaría a la afectación total de otros derechos reconocidos.

La prohibición universal contra la discriminación en las relaciones entre particulares resulta incompatible con el actual Derecho comunitario europeo, y además representa un cambio radical en el sistema previsto hacia un régimen igualitario materialista y en gran medida hostil frente a la libertad. Por tanto, su aplicación no podrá absolutizarse, aplicándose ante supuestos que conlleven a una amenaza de exclusión¹⁰⁴³.

La exclusión como criterio de aplicación de la prohibición de discriminación en las relaciones entre privados debe catalogarse como sustancial, pues el sujeto podrá excluir a la persona sobre cualidades requeridas (por ejemplo, un contrato de prestación de servicios en los que se requiera que la prestación sea personal, *v.gr.* una niñera, escultor, pintor); en segundo lugar debe configurarse la necesidad de protección del sujeto discriminado, y, por último, se considera el interés del agente en la diferenciación. En este último caso, se deberá distinguir entre las cualidades alterables (preparación, gustos, costumbres) y las

¹⁰⁴² ANERSON, Richard, "What is Wrongful Discrimination", *in San Diego Law Review*, No. 43, 2006, pp. 780-782.

¹⁰⁴³ NEUNER, Jorg, "Protection against Discrimination in European Contract Law...", *cit.*, p. 45.

inalterables (género, raza, identidad sexual, discapacidad), excluyéndose estas últimas de la justificación de diferenciación.

El razonamiento excluyente de la posibilidad de generalizar un control sobre las elecciones individuales que subyacen al contrato no establece supuestos en los que se justifique una valoración del ejercicio de la autonomía privada¹⁰⁴⁴. Ante la aplicación de la eficacia horizontal del principio de no discriminación cuando esta provoca la colisión de los derechos de la libertad de contratación, con los derechos de la víctima a no ser discriminada, traería consigo la necesidad de ponderación de estos en virtud de un equilibrio, en el que prevalecerá la prohibición de discriminación debido a que esta no encontrará justificación en la *rule of reason*¹⁰⁴⁵.

La aplicación inmediata de la prohibición de discriminación ha encontrado en la Constitución española un posible reconocimiento a través de sus artículos 9 y 14¹⁰⁴⁶. No obstante, la norma constitucional mediante este artículo tiene una aplicación limitada en el ámbito de las relaciones de Derecho Privado, por el propio reconocimiento que le ha dado la norma suprema hispana al principio de autonomía de la voluntad. De esta forma, el principio constitucional de igualdad no opera de forma directa, sino mediata, mediante la vía legislativa, como se aprecia en el ámbito laboral en la normativa reguladora de las asociaciones o en los procedimientos concursales¹⁰⁴⁷.

Ante las dificultades que ha enfrentado la tesis de aplicación inmediata de los principios de igualdad y no discriminación a las relaciones entre particulares, NIPPERDEY, su principal defensor, argumenta que la extensión del círculo de destinatarios se justifica en la necesidad de proteger al propio individuo frente a lo que este autor denomina poderes sociales¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁴ NAVARRETTA, Emanuela, "Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato", en *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, No. 27, Bogotá, julio-diciembre 2014, p. 139.

¹⁰⁴⁵ NIPPERDEY, Hans Carl, "Grundrechte und Privatrecht...", *cit.*, p. 32.

¹⁰⁴⁶ Posición que es asumida por autores como REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 66; PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales...* *cit.*, p. 67.

¹⁰⁴⁷ BILBAO UBILLOS, Juan maría, "Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares...", *cit.*, p. 150.

¹⁰⁴⁸ NIPPERDEY, Hans Carl, "Grundrechte und Privatrecht...", *cit.*, p. 25.

En defensa de una posición contraria, se establece el argumento de que la AGG dificulta una aplicación inmediata, amparada en que los derechos fundamentales pretenden garantizar aspectos de libertad que se verían limitados ante estos supuestos¹⁰⁴⁹. Criterio que se sustenta en que solo los poderes públicos se encuentran vinculados con los derechos fundamentales, basándose, *a priori*, en la interpretación del artículo 53.1 de la Constitución española¹⁰⁵⁰.

A esta dificultad se suma la generalidad de los fundamentos constitucionales que contienen los derechos fundamentales, lo que puede ocasionar la colisión entre el principio de igualdad y libertad contractual. Para dilucidar el alcance de la aplicación del principio de no discriminación a las relaciones contractuales se establecen tesis alternativas a la teoría de la eficacia inmediata.

Esta teoría de la eficacia inmediata establece que un hecho puede ser valorado de forma distinta por el Derecho Constitucional y por el Derecho Civil¹⁰⁵¹, dependiendo del sujeto que lo ejecute. Mediante su concepción, los derechos fundamentales serán incorporados al contrato de forma indirecta, vinculándose de forma inmediata solamente a los poderes públicos. Dicho punto de vista ha encontrado seguidores dentro de la doctrina española¹⁰⁵², al señalarse que deberá ser el legislador el encargado de determinar el grado de protección que se adopte frente a un tipo de discriminación.

Del estudio realizado emerge un modelo que refleja la influencia de los derechos fundamentales en materia contractual, y es la tesis de doble naturaleza de prohibición de injerencia y mandatos de protección¹⁰⁵³. Este modelo garantiza la

¹⁰⁴⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm, "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, 1984, pp. 203-205.

¹⁰⁵⁰ El artículo 53.1. de la Constitución española establece: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161. 1, a)...".

¹⁰⁵¹ DÜRIG, Günter, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en MAUNZ, Theodor (ed.), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Estiria, 1956, pp. 157-190. Para ahondar sobre el contenido de esta teoría, *Vid. Supra*, epígrafe 5.1.3.1.

¹⁰⁵² Autores como Díez-PICAZO, refieren conceptos como orden público a fin de garantizar la eficacia de estos derechos en las relaciones entre particulares. Díez-PICAZO, Luis, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 1ª Edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 147; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, "Autonomía privada y derechos fundamentales...", *cit.*, p. 75.

¹⁰⁵³ CANARIS, Claus-Wilhelm, "Grundrechte und Privatrecht...", *cit.*, pp. 43-45. La jurisprudencia española se ha pronunciado en lo que parece ser un intento de reconocimiento de este modelo

obligación del Estado, a través de los mandatos de protección, el disfrute de los derechos de las partes.

La protección de los poderes públicos mediante los mandatos no se establece de forma general, sino que requiere que se configure una necesidad en la que oscilen: la ilegalidad del acto, el peligro del bien jurídico, y la dependencia de un particular sobre otro. Este modelo ha encontrado en la doctrina española detractores¹⁰⁵⁴ y defensores¹⁰⁵⁵, sin embargo, a pesar de ello, no se logra esclarecer si responde efectivamente a la necesaria inclusión del principio de no discriminación en el contrato.

De las distintas concepciones que intentan explicar la eficacia del principio de no discriminación como derecho fundamental en las relaciones contractuales, resta mucho por considerar. Las discusiones respecto al tema son crecientes y no necesariamente conclusivas. Solo se puede dilucidar un hilo conductor que se toma como argumento definitivo, y es que, más allá de la forma en que sea reconocida su aplicación, el principio de no discriminación debe ser considerado dentro de las relaciones entre particulares, llegando a ponderarse frente a otros principios de importancia similar como el de la libertad contractual, en caso de colisión.

La inclusión del principio de no discriminación en materia contractual ha representado un cambio de paradigma. Su respuesta podría encontrarse en la materialización de la libertad de contratación, la que se interpreta como la protección brindada a aquellos que, por pertenecer a un grupo determinado, son discriminados dentro del mercado (debilidad social). Esta protección de la

en la Sentencia del Tribunal Constitucional No. 18/1984 en la que refiere: “Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del artículo 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (artículo 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas”. *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencia 18/1984, 7 de febrero de 1984 (BOE núm. 59, de 09 de marzo de 1984).

¹⁰⁵⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales... cit.*, p. 467; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y María Fernanda, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y Discriminación... cit.*, pp. 264-266.

¹⁰⁵⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 62; ROCA TRÍAS, Encarna, “Principi d’igualtat i discriminacions per raó de sexe”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, No. 2, 1988, p. 18.

víctima de discriminación no debe confundirse con los desequilibrios negociales que pueden existir en el contrato. A pesar de que la materialización de la libertad contractual no resulta del todo incompatible con el derecho a no ser discriminado, este sigue colisionando con la posibilidad de cada contratante de decidir con quién establecerá una relación contractual.

La respuesta brindada a las limitaciones que podrían existir en la aplicación del principio de no discriminación en la libertad de contratación se encuentra en el criterio de proporcionalidad, el que sirve como garantía de que las normas dirigidas a eliminar el actuar discriminatorio no sean excesivas. Por consiguiente, podrá justificarse la intromisión en la libertad de contratación cuando el acto discriminatorio lesione otros bienes constitucionalmente protegidos, como la dignidad o la libertad de contratación de la víctima de discriminación¹⁰⁵⁶. En los aquellos supuestos en los que el proponente de bienes o servicios dirija su oferta al público en general y excluya a la víctima de la discriminación, aun cuando esta reúna los requisitos exigidos para la celebración del contrato, la injerencia a la libertad de contratación se encontrará también justificada¹⁰⁵⁷.

Ante ello, como consecuencia de la expansión del Derecho antidiscriminatorio, existe una nueva realidad que se desdobra en una moderna *Drittwirkung* directa¹⁰⁵⁸. Su reconocimiento se fundamenta en que los poderes públicos no podrán utilizar como pretexto la libertad contractual para no intervenir en los casos de discriminación o desigualdad real.

De allí que, la ponderación entre el principio de no discriminación sobre las relaciones entre particulares genere controversias, que, aunque debatida por

¹⁰⁵⁶ Algunos autores plantean que la libertad contractual puede entenderse en un sentido negativo y positivo, este último es el que justifica la limitación establecida a la libertad de contratar de la otra parte, al colisionar la propia libertad de acceso a determinados bienes y servicios de la persona discriminada. Los sujetos que debido a su condición de minoría étnica o sexo son excluidos y no tienen la posibilidad real de participar en la vida económica o el consumo, no gozan de una libertad real. La obligación de contratación garantizaría la igualdad de condiciones de la libertad, por lo que no podría objetarse la adopción de este remedio entra en conflicto con dicho valor. SCHIEK, Dagmar, "Kommentierung zu artículo 21 AGG", in SCHIEK, Dagmar (ed.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Sellier European Law Publishers, München.

¹⁰⁵⁷ AGUILERA RULL, Ariadna, *Contratación y diferencia... cit.*, p. 77.

¹⁰⁵⁸ TORRES GARCÍA, Teodora, *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado Carmona III*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 14.

algunos autores¹⁰⁵⁹, no llegue a dilucidarse si realmente debe prevalecer la prohibición de discriminación sobre la autonomía de la voluntad de las partes, o a la inversa. En tal caso, la determinación de los criterios de prevalencia sobre uno u otro es necesaria para guiar a los tribunales en la solución de los conflictos planteados, aun cuando no se logre encontrar la preferencia de aplicación. Considerando lo anterior, la funcionalización de la autonomía contractual ha adquirido un matiz significativo a la luz de la aplicación del principio de no discriminación en el contrato¹⁰⁶⁰.

Relacionado a ello, se destaca en la Comunidad Europea la Directiva 2004/113/CE que reconoce el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro¹⁰⁶¹. A partir de esta Directiva, el principio de no discriminación se aplica no solo a las relaciones laborales y de empleo, sino que extiende su reconocimiento a las relaciones contractuales de carácter privado. Además, contiene definiciones concretas de los conceptos de discriminación directa e indirecta, así como de acoso sexual:

El artículo 3 de la Directiva 2004/113/CE refiere que dentro de los límites de los poderes conferidos a la Comunidad, las regulaciones establecidas serán de aplicación a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate, alcanzando no sólo el sector público, sino además, el privado, incluidos los organismos públicos, a los que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en ese contexto¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁹ ALFARO ÁVILA-REAL, Jesús, *Autonomía privada y derechos fundamentales...*, cit., p. 75; DÍAZ EVORIO, Francisco Javier, “¿Pueden los particulares discriminar? Comentario de las sentencias en el asunto *The Edge Social Club* y *The Piano Social Club*”, en *Boletín de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 3, Lima, mayo 2005.

¹⁰⁶⁰ ZOPPINI, Andrea, “Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza”, en *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 16.

¹⁰⁶¹ Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

¹⁰⁶² Resulta válido definir qué entiende la Directiva 2004/113 por bienes y servicios, los que según el considerando número 11 se definen como aquellos reconocidos en las disposiciones del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en lo adelante TCCE), en lo adelante relativas a la libre circulación de mercancías; mientras que se consideran servicios aquellos que aparecen en el artículo 50 del TCCE. El considerando número 11 alude de modo genérico a las mercancías, incluyendo también las materias primas y haciendo especial referencia, eso sí, a los

Los supuestos a los que se aplicará la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios disponibles para el público son: el acceso a locales abiertos al público; los tipos de vivienda, incluida la de alquiler y el alojamiento en hoteles; los servicios bancarios, seguros y otros financieros; así como el transporte y los servicios de cualquier profesión u oficio.

En España, por su parte, puede citarse un caso presentado ante el Tribunal Supremo, en el que se decide sobre la pertinencia de la resolución de un contrato de arrendamiento de servicios médicos entre la demandante (médico especialista) con el titular de una clínica. En el contrato se establecía una relación jurídica en la que la accionante debía prestar sus servicios médicos en la clínica del demandado a cambio de una remuneración calculada sobre la base del total facturado.

La demandante como resultado de un embarazo de alto riesgo en el año 2004 se dio por baja, y una vez que se le realizó el parto, se acogió al permiso de maternidad hasta enero de 2005. En el momento de incorporarse, a la demandante se le informó que recogiera sus instrumentos de trabajo, pues en ese momento quedaba resuelto el contrato, ocultándole el demandado que ya había contratado a un médico del sexo masculino.

La pretensión de la demandante fue estimada parcialmente. Posteriormente la Audiencia Provincial de Sevilla admite recurso de apelación interpuesto por el demandado y estima que no existe un supuesto de discriminación al no configurarse la relación de subordinación. Para este tribunal, el principio de no discriminación no puede verse aplicado a una relación en la que las partes se encuentren en condiciones de igualdad¹⁰⁶³.

productos agrícolas. Esta generalidad no es aplicada a los servicios, ya que el artículo 50 advierte que se consideran servicios aquellas prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

¹⁰⁶³ Sobre la Sentencia de 20 de abril de 2011 (RJ 2011, 3596), *Vid.* CARRASCO HERRERO, María Teresa, "Comentario a la Sentencia de 20 de abril de 2011 (RJ 2011, 3596)", en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 87/2011, editorial Civitas, SA, Pamplona, 2011, westlaw BIB 2011/1662.

El Tribunal Supremo español conoció el asunto y aplicó la prohibición de discriminación por razón de sexo, alegando que las acciones del demandado constituyen una forma de discriminación directa por la condición de embarazo, expresamente prohibida en el artículo 14 de la Constitución española. Esta sentencia constituyó la primera muestra de la prohibición de discriminación en una relación jurídica civil por razón de género, introduciendo fundamentos jurisprudenciales como la aplicación de la discriminación directa por razón de embarazo, la indemnización por los daños ocasionados por la resolución del contrato, y la inversión de la carga de la prueba.

El reconocimiento de la regulación de la Unión Europea en los Estados miembros conlleva a la transformación del paradigma sobre la no discriminación para el Derecho Privado, que, a pesar de sufrir cambios dirigidos a alcanzar un Estado social, aun presenta dificultades. La individualidad absoluta defendida inicialmente a través de la inalterabilidad del contrato ha transmutado su esencia y se ha encaminado hacia el respeto del derecho de igualdad y libertad de contratación de cada una de las partes.

El trato diferenciado se considerará lícito cuando se requiera su configuración en aras de alcanzar la protección de otro derecho constitucionalmente reconocido (creencias religiosas, intimidad, libertad de asociación, libertad de testar, entre otras), sin embargo, su aplicación deberá basarse en justificaciones objetivas y razonadas. En los supuestos en los que la autonomía privada se base en factores netamente económicos o exclusivos, el actuar diferenciador se consideraría ilícito, valorándose la proporcionalidad entre el actuar discriminatorio y la autonomía.

La efectividad de la prohibición de discriminación en la esfera contractual estará condicionada a los derechos fundamentales en conflicto, el equilibrio entre uno u otro derecho protegido, y los efectos negativos que podrían ocasionarse en la dignidad de la persona mediante el actuar discriminatorio.

La inclusión del principio de no discriminación se fundamenta en la protección de los intereses de un grupo desventajado, razón que induce al legislador a limitar la regla general que establece que las elecciones contractuales son inalterables.

La consideración de aspectos indispensables como la dignidad humana dentro de las relaciones entre particulares acarrea la transformación de la libertad contractual en búsqueda de un justo equilibrio entre la autonomía de las partes, y la garantía de igualdad real y no discriminación. En aquellos casos en los que exista una colisión de los derechos de libertad contractual y no discriminación, le corresponderá al juez ponderar entre ambos, de forma tal que se alcance un justo equilibrio, el que conllevará un estudio de cada caso en concreto.

5.3.1. La libertad contractual frente a la prohibición de discriminar

Una vez analizada la incidencia del principio de no discriminación en las relaciones entre particulares, es necesario determinar si la libertad contractual de las partes puede verse afectada por la inclusión de este principio.

El derecho a la libertad ha sido reconocido por el legislador comunitario como uno de los valores fundamentales de la Unión Europea¹⁰⁶⁴, lo que significa que todas las personas tienen derecho a elegir con quienes celebran sus contratos como parte del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana¹⁰⁶⁵.

En la concepción tradicional, la libertad contractual y el poder de autonomía privada tenían su fuente en la ley, entendida esta al modo *roussoniano*¹⁰⁶⁶. Si la libertad contractual y la autonomía privada derivan de la ley, no puede discutirse el poder de la ley para restringirla o, en ocasiones, para anularla, por lo cual es legítima la pregunta en torno a si existe un fundamento *supra* legal de la libertad contractual¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁴ GIMÉNEZ ACOSTA, Ana, "El Principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el Marco Común de Referencia", en *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Esteve Bosch Capdevila (dir.), 2012, p. 2.

¹⁰⁶⁵ Reflejado en el artículo 2 Tratado de la Unión Europea y el artículo 6 de la Carta de los derechos fundamentales la Unión Europea.

¹⁰⁶⁶ Incorpora conceptos incipientes como voluntad general que aparece en el camino de la formación del contrato social. ROUSSEAU plantea que "el encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger, con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada uno de los asociados, pero de modo tal que cada uno de estos, en unión con todos, solo se obedezca a sí mismo, y quede tan libre como antes". Vid. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social... cit.*, p. 10.

¹⁰⁶⁷ DIEZ PICAZO, Luis y Ponce de, LEÓN, "Contrato y Libertad contractual", en *Revista de Derecho THEMIS*, No. 49, Lima, 1998, p. 12.

Esta concepción se encuentra en la interpretación del artículo 37 de la Constitución española al disponer la libertad de mercado, siendo justificable otorgar un margen al legislador para adoptar medidas legislativas que puedan proscribir determinados tipos contractuales o establecer regímenes imperativos en otros.

En este caso, el ordenamiento jurídico español proclama la libertad como valor superior en el artículo 1.1 de la Constitución, reconociendo en su artículo 10 el libre desarrollo de la personalidad entre los fundamentos políticos, entendiéndose de su interpretación, que se encuentra comprendida la autonomía del individuo. Esta libertad es también reconocida por el Código Civil español, que en su artículo 1255 regula que los contratantes pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público.

Bajo el supuesto que impone la prohibición de discriminación, la limitación de la libertad de contratación no es una cuestión nueva, sino que descansa en una tradición de reformulación de la libertad de contratación, siendo el derecho a la libertad contractual, expresión de un sistema jurídico idealista reducible a un principio rector¹⁰⁶⁸, por tanto, el principio antidiscriminatorio tiene su origen en la necesidad de dar solución a los problemas que plantea la diferenciación.

La protección al principio de autonomía privada se encuentra presente en el Derecho primario comunitario como fundamento de la propia Unión Europea, pues, como se ha dicho, entronca con el derecho a la libertad que en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se establece como una libertad de carácter económico¹⁰⁶⁹. Este hecho supone, además de las conocidas libertades fundamentales, la existencia de un mercado interior libre en el que impera, precisamente, la libre competencia¹⁰⁷⁰.

La prohibición de discriminación puede resultar aplicable en las relaciones entre particulares. Sin embargo, su reconocimiento no puede obviar las implicaciones

¹⁰⁶⁸ FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law, Second Edition, Oxford University Press*, 2011, p. 16.

¹⁰⁶⁹ AGUILERA RULL, Adriana, "Prohibición de discriminación...", *cit.*, pp. 21 y 22.

¹⁰⁷⁰ NAVAS NAVARRO, Susana, "El principio de no discriminación en el Derecho Contractual Europeo", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fasc. III, 2008, p. 1478.

que representa para el principio de libertad contractual, debido a que su eficacia directa e inmediata debe ponderarse con las exigencias de la autonomía individual, conllevando a una eficacia horizontal directa del derecho a no ser discriminado. Es así que al legislador y a la jurisprudencia corresponde la protección y alcance de los grupos objetos de discriminación y la aplicación de los criterios tuitivos en las relaciones de Derecho privado.

5.3.2. Especial referencia a la discriminación en las relaciones laborales contractuales

La discriminación en las relaciones laborales es una de las más frecuentes y lesivas a la dignidad humana. Los argumentos en ese sentido pueden ser varios, entre ellos, que la segregación priva a las personas que la padecen de la capacidad para obtener por sí mismas el sustento y las condiciones materiales necesarias para llevar una vida decorosa.

Como ya se ha explicado, la discriminación laboral puede manifestarse de conformidad con las diversas causas que describe la doctrina, los instrumentos internacionales y el derecho interno de los Estados. Sin embargo, esta suele presentarse con mayor intensidad, en el ámbito de referencia, por razones de género, orientación sexual, raza, origen nacional, discapacidad, enfermedad y edad. De ello dan cuenta los diferentes estudios¹⁰⁷¹.

¹⁰⁷¹ LIZAMA, Luis y José Luis UGARTE CATALDO, *Interpretación y derechos fundamentales... cit.*; NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, *El principio de igualdad y no discriminación...*, cit.; p. 48; PELÁEZ DOMÍNGUEZ, José, "La discriminación negativa por razón de edad en los trabajadores de edad madura...", cit.; DE MAGALHÃES E CARVALHO, Ana Sofía, "La discriminación por razón de la edad en el mercado laboral...", cit.; CASTRO CASTRO, José Francisco, "Discriminación en las Relaciones Laborales...", cit.; SILVA MÉNDEZ, Jorge Luis, "La discriminación laboral: Análisis de las propuestas contenidas en la iniciativa de Reforma a la Ley Federal del Trabajo", *Cuestiones Constitucionales*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 23, México DF., julio-diciembre 2010, pp. 283 – 305; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, "Prohibición de discriminación e indemnización por finalización de los contratos de trabajo de duración determinada", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 56, Madrid, 2017, pp. 233-255; CENDRERO UCEDA, Luis Alejandro, "La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral", *Tesis presentada en opción al título de Doctor por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 2017; BALLESTER PASTOR, María Amparo, "La vulneración del derecho efectivo a la no discriminación laboral en las empresas externalizadas", en *Revista Galega de Dereito Social -2ª Etapa*, No. 3, Madrid, 2017, pp. 75-99; RIVERA, Jairo, "Teoría y práctica de la discriminación en el mercado laboral ecuatoriano (2007-2012)", *Analítika*. en *Revista de análisis estadístico*, vol. 5, No. 1, Quito, 2013, pp. 7–22.

Para que haya discriminación laboral, en principio, la conducta vejatoria tiene que plantearse en el marco de la existencia de una relación jurídica de este tipo, producirse la conducta en las etapas previas a su nacimiento, haciendo imposible su perfección, o acontecer con posterioridad a la existencia del vínculo laboral, en momentos coetáneos y posteriores a la desaparición de la relación y, siempre, con causa en el trato desigual o discriminatorio¹⁰⁷².

Las reflexiones de este epígrafe se centrarán en la discriminación laboral que acontece en el marco de una relación contractual, es decir, con motivo de la creación, ejecución o extinción de un contrato de trabajo. Toda vez que este constituye la principal institución del Derecho del Trabajo, si bien puede establecerse una relación jurídica laboral por causas diferentes¹⁰⁷³.

A tales fines, se considerará discriminación en las relaciones laborales contractuales todas aquellas conductas contrarias a la dignidad humana y que nieguen o vulneren el derecho a un empleo digno bajo criterios que hagan distinción por razón de género, orientación sexual, edad, discapacidad, enfermedad, raza, origen étnico o nacional, pasado judicial, ideas u opiniones u otras que contradigan el principio de igualdad de trato y no discriminación, en cualquiera de las etapas del *íter* contractual¹⁰⁷⁴.

La definición instrumental que se adopta en cuanto a la extensión del marco protector contra la discriminación, en las relaciones laborales contractuales,

¹⁰⁷² PORRET GELABERT, Miquel, “La discriminación laboral y la gestión de la diversidad de los recursos humanos”, en *Revista Técnico Laboral*, vol. 32, No. 126, Madrid, 2010, p. 514; Vera Rojas, Patricia, *La discriminación en los procesos de selección de personal*, 1ª ed., editorial de la OIT, Ginebra, 2006, p. 6; CASTRO CASTRO, José Francisco, “Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares”, en *Boletín Oficial Dirección del Trabajo*, No. 146, Santiago de Chile, marzo 2001, pp. 8 y 9; Respecto a la discriminación laboral por razón de sexo. *Vid.* SIERRA VILLAÉCIJA, Alberto y SANTIAGO HIDALGO, José F., *La discriminación laboral en la doctrina judicial social*, editorial Jurídica Sepín, Madrid, 2017, p. 45.

¹⁰⁷³ MUÑOZ, Roberto, *Derecho del Trabajo*, tomo 2, Porrúa S.A., México DF., 1983, p. 303; ARCINIEGA, Federico, “El contrato de trabajo”, en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, Patricia KURCZYN VILLALOBOS y Carlos Alberto PUIG HERNÁNDEZ (Coords.), 1ª ed., editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2003, p. 84; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, tomo 1, 8ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 309 – 312; VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, *Derecho laboral cubano. Teoría y legislación*, Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 104; 167.

¹⁰⁷⁴ MEJÍA VIEDMAN, Sergio y Luis LIZAMA PORTAL, *Reformas Laborales. Su contenido e impacto en la empresa*, 1ª ed., Cono Sur, Santiago de Chile, 2001, p. 448; CASTRO CASTRO, José Francisco, “Discriminación en las relaciones laborales...”, *cit.*, pp. 8 y 9.

hacia las etapas pre y post contractuales, está motivada en el hecho de que no hay forma de llegar al contrato de trabajo que no sea mediante actos previos que, concatenados, conduzcan al vínculo obligatorio. Por su parte, la etapa postcontractual es una consecuencia, o manifiesta los efectos del relacionamiento entre las partes, lo cual lleva a considerarla como una cuestión directamente vinculada a la propia existencia del contrato.

Además, en atención al principio *in dubio pro operario*, que impone la interpretación de toda relación laboral y sus consecuencias jurídicas en favor del empleado, siempre que se manifieste duda o vacío, resulta conveniente ampliar el marco tuitivo por dos razones fundamentales¹⁰⁷⁵. La primera, está directamente relacionada con la prueba de existencia del vínculo contractual y del elemento subjetivo que configura la discriminación. La segunda, especialmente vinculada a la primera, en el sentido de la existencia del daño que podría experimentar el trabajador por la discriminación y su base de cálculo.

En la etapa precontractual, es decir, cuando se produce la oferta de empleo o situación análoga; en la cual se presentan los posibles candidatos a ocupar las plazas convocadas, el empleador está obligado a evaluar en atención al principio de igualdad y no discriminación a todos los aspirantes. El resultado de quienes ocuparán los puestos no puede estar sesgado por categorías sospechosas o abiertamente discriminatorias, sino en atención a las cualidades que justifican la competencia de los seleccionados para desempeñar las actividades propias del empleo.

Las conductas discriminatorias de este período suelen producirse, tanto en la publicación de las ofertas de empleo, como en los procedimientos de reclutamiento de personal. Así, los avisos de contratación pueden contener ciertos requisitos discriminatorios. Además, en los exámenes exigidos a los postulantes, se exigen *test* para detectar el consumo de drogas o VIH; lo más frecuente es el *test* de embarazo en mujeres de edad fértil. Otras de las formas

¹⁰⁷⁵ MARTÍN VALVERDE, Antonio, "Consideraciones sobre el principio pro operario", en *Revista Ius et Veritas*, vol. 3, No. 5, Lima, 1992, pp. 83 y 84; GAMONAL CONTRERAS, Sergio, "El principio de protección del trabajador en la constitución chilena", en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 11, No. 1, Santiago de Chile, 2013, pp. 427-432.

de discriminación se presentan mediante el uso de los denominados *test* pre-ocupacionales, en los que aparentemente se busca medir determinadas habilidades de aquellos que se someten al concurso.

Dicho así, todo queda en la trivialidad, pero si alguno de los candidatos logra demostrar en grado razonable que la selección estuvo motivada en criterios segregacionistas y, por tanto, vejatorios, como los que se han analizado a lo largo de este estudio, cómo enfrentar las consecuencias de los daños patrimoniales y morales que experimentará el afectado. La primera opción suele ser la reclamación administrativa ante el Ministerio correspondiente o dependencia administrativa para que aplique los correctivos al empleador que vulnere el derecho en cuestión¹⁰⁷⁶.

Por su parte, en materia de daño patrimonial, donde la forma de reparar el agravio es la indemnización por daños y perjuicios, no habrá otra posibilidad que hacerlo que no sea a través del criterio de la pérdida de la *chance* oportunidad¹⁰⁷⁷. Es decir, tomando como referencia cuánto habría ganado el sujeto de haber obtenido el empleo si no se hubiese empleado el sesgo discriminatorio.

Es importante destacar que el criterio de pérdida de la *chance* no constituye ganancia dejada de percibir, como sucede con el lucro cesante, no es un beneficio futuro deducible a partir del normal funcionamiento o estado de una cosa o negocio si no se hubiese experimentado el daño emergente. La *chance* es un daño emergente cuyas consecuencias se expresan hacia el futuro, a consecuencia de que se pierden la posibilidad del beneficio a causa de un hecho

¹⁰⁷⁶ El Código de Trabajo de la República de Chile, de 1994, refundido en 2003 y actualizado en 2018, dispone la posibilidad de la imposición de multas a quienes descarten candidatos en una oferta laboral, aplicando criterios discriminatorios. Código de Trabajo de la República de Chile, Aprobado por el Congreso Nacional, Santiago de Chile, 1994.

¹⁰⁷⁷ Conceptualizada por la doctrina como la posibilidad de ganancias que resulta frustrada a raíz del incumplimiento de la obligación o del hecho ilícito. Es necesario advertir que la indemnización no es el resultado del beneficio dejado de percibir, lo resarcible en la *chance*, es la falta de una posibilidad razonable de obtener una ganancia o evitar una pérdida. *Apud.* ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, 1ª ed., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 259 y 260; CASTIGLIONI, Carmelo, "La pérdida de chance y su aplicación en el derecho paraguayo", en AA.VV., *Responsabilidad civil por daños y perjuicios*, División de Investigación, Legislación y Publicaciones Centro Internacional de Estudios Judicial, Asunción, 2008, pp. 70 – 72.

ilícito, como sucede con el empleo al que no se accede por ser víctima de discriminación¹⁰⁷⁸.

De este modo, el problema de cómo calcular la indemnización se configura, en materia laboral, a partir de las probabilidades de éxito que tendría el aspirante de acuerdo con las exigencias de la convocatoria, si no se adoptasen criterios discriminatorios. Es un cálculo matemático de probabilidades que se ajusta a las circunstancias y que tiene en cuenta aquello que pudo ocurrir en base a un coeficiente que teóricamente debe estar cercano al 50% de probabilidades¹⁰⁷⁹. Claro, que, en el caso de la protección a derechos fundamentales, habrá que flexibilizar ese marco tan rígido, propio de las relaciones estrictamente patrimoniales, a fin de desestimular, también desde lo económico, las conductas lesivas a la dignidad y la igualdad humana.

Este punto de vista trasladaría la base de cálculo y la prueba del daño hacia el interior de una posible relación contractual. En este caso, habrán de aplicarse las reglas del Derecho común¹⁰⁸⁰. Ello exigiría los ajustes necesarios en materia de inversión de la carga de la prueba que hoy se registran en las normativas de Derecho comparado¹⁰⁸¹, lo cuales se han referido en el epígrafe 3.8¹⁰⁸². En tal sentido, se plantea un reto para el Derecho ecuatoriano si se tienen en cuenta las exigencias del Código Procesal¹⁰⁸³, de que sea el afectado o demandante,

¹⁰⁷⁸ DE TRAZEGNÍES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, vol. IV, tomo II, 7ª ed., Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, pp. 46 – 50; DE CUPIS, Adriano, *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*, trad. de 2ª ed. italiana, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 318 y 319; ORGAZ, Alfredo, *El Daño Resarcible. Actos Ilícitos*, 3ª ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 71.

¹⁰⁷⁹ DE TRAZEGNÍES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad...*, *cit.*, p. 49; CASTIGLIONI, Carmelo, “La pérdida de chance...”, *cit.*, pp. 76– 78.

¹⁰⁸⁰ LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, tomo II, 2ª ed. actualizada, editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 457.

¹⁰⁸¹ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen María, “*Allgemeines gleichbehandlungsgesetz – Aproximación a la nueva regulación general de prohibición de tratamiento desigual en el Derecho alemán, en especial, su alcance en el ámbito civil*”, en Revista *Meritum-Belo Horizonte*, vol. 3, No. 2, Belo Horizonte, julio–diciembre 2008, p. 316.

¹⁰⁸² Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007); artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000).

¹⁰⁸³ El artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos establece: “Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación

quien aporte la prueba, y el hecho de que las conductas discriminatorias en la etapa pre ocupacional están acompañadas del elemento intencional, doloso o culposo. Asunto que complica para la parte débil, o vulnerable de la situación, las posibilidades de demostración del suceso contrario a la dignidad humana y la igualdad que propicia el sujeto empleador. A ello debe añadirse la manifestación polimorfa del hecho discriminatorio, que no obedece a patrones definidos, y que esa manifestación siempre se presenta de forma enmascarada, bajo apariencia de legitimidad, salvo supuestos extremos¹⁰⁸⁴.

En el caso de la indemnización por los daños morales, estaría por verse el monto a pagar al afectado por la violación de su derecho a la igualdad de trato y no discriminación. El que, a nuestro juicio, habrá de seguir el criterio de baremación que la ley o la jurisprudencia determinen para cada caso. Lo que sería diferente al elemento seguro y contrastable que ofrece la valoración de la indemnización patrimonialmente considerada.

Ya perfeccionado el vínculo contractual de tipo laboral, podría aplicarse un criterio similar en caso de que el empleado fuese excluido, sin argumentos de justicia, de oportunidades para su superación o ascenso que se ofrecen para todos los que poseen su calificación o profesión, o fuese movido para un cargo de inferior categoría y remuneración.

Al igual que en la etapa pre ocupacional, para el primer supuesto, sería necesario aplicar un criterio que evalúe patrimonialmente la pérdida de la oportunidad, por lo que resulta conveniente el uso del mismo esquema indemnizatorio. La dificultad de mayor rango residiría en las cuestiones procesales y la demostración del elemento subjetivo que gravita en torno a la acción discriminatoria, o adoptar definitivamente un esquema de inversión de la carga de la prueba en la que el accionante solo esté obligado a demostrar la existencia

suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar”.

¹⁰⁸⁴ LANAS MEDINA, Elisa, LANAS MEDINA, Elisa, La prueba en demandas laborales...”, *cit.*, pp. 82–84; CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *El proceso laboral... cit.*, p. 344; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Prueba y proceso laboral...”, *cit.*, p. 217.

del vínculo jurídico y, eventualmente, la presunta negativa injustificada de acceso a las oportunidades de ascenso o superación. De tal modo, estaría a cargo del empleador, la prueba y argumentación de la inexistencia del sesgo discriminatorio.

Para el caso de su traslado a un puesto de menor categoría y remuneración, teniendo como motivo alguna de las causales de discriminación, habrá de aplicarse un criterio análogo a cuando se produce el despido, en la etapa pos ocupacional¹⁰⁸⁵.

En la etapa post ocupacional, la que acontece una vez consumado el despido, si el empleado fue excluido por motivo de discriminación, además de las posibles medidas de orden administrativo o penal que puedan suceder, podrá recibir una indemnización que se ajuste a los parámetros del despido injustificado. Lo cual implica el posible reingreso en el puesto laboral del que fue despojado ilegítimamente, con los incrementos de las cuotas previstas en ley para compensar al agraviado¹⁰⁸⁶.

En todos los supuestos, la sanción debe estar acompañada de la obligación del empleador de brindar la satisfacción pública. De igual modo el tribunal que resuelva el caso, si verifica la causal o causales discriminatorias, notificará a las instituciones gubernamentales para que conozcan del hecho y adopten medidas preventivas y de control sobre los agentes que inciden en conductas vejatorias.

5.3.3. La discriminación en las relaciones laborales. Análisis de la legislación infra constitucional ecuatoriana

El ámbito laboral es donde se transversalizan y se expresan gran parte de las situaciones asociadas al derecho de igualdad y no discriminación. En especial porque el trabajador vende su fuerza laboral, implícitas sus condiciones físicas e intelectuales. De este modo, la relación jurídica laboral implica a la persona física en su propia vulnerabilidad de asalariado. A ello deben añadirse entonces las otras causas de debilidad jurídica y factores de posible vejamen a los que ya se

¹⁰⁸⁵ Vid. artículo 192 del Código de Trabajo ecuatoriano.

¹⁰⁸⁶ Vid. artículos 184 al 191 del Código de Trabajo ecuatoriano.

ha hecho mención. De tal modo, por ser el ámbito laboral el espacio donde, con mucha frecuencia, se presentan importantes casos de discriminación, resulta relevante su estudio para constatar sus causas y principales características en aras de lograr la comprensión del problema en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La discriminación entre privados es un fenómeno jurídico que ha evolucionado de forma fragmentada hacia distintos ámbitos del Derecho, afectando las relaciones laborales entre las partes desde diversos aspectos, como los criterios de selección del personal, la exclusión laboral basada en supuestos discriminatorios, entre otros. Como resultado de la formulación de la relación laboral mediante la figura de un contrato, ya sea de tiempo indeterminado o determinado, es preciso analizar las principales aristas de este tipo de discriminación, a partir de la cual se exteriorizan situaciones discriminatorias por diversidad de causas, muchas de las cuales se han analizado en páginas anteriores.

El principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación y a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, convirtiéndose el Estado, en definitiva, en el principal responsable de velar para que sus actos, o los que realicen los particulares, no constituyan un atentado directo o indirecto a estos derechos humanos fundamentales.

En tal sentido, puede entenderse la discriminación en materia laboral como aquella distinción, exclusión o preferencia, basada en criterios como la raza, el sexo, la religión, entre otras, ocurrida con motivo o en ocasión de una relación laboral que tenga por objeto anular o perturbar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁷ LIZAMA, Luis y José Luis UGARTE, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1998, pp. 218 y 219; NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, El principio de igualdad y no discriminación..., *cit.*, p. 32; PELÁEZ DOMÍNGUEZ, José, "La discriminación negativa por razón de edad en los trabajadores de edad madura...", *cit.*, pp.

La discriminación dentro de una relación laboral puede manifestarse a través de múltiples conductas, que no necesariamente estarán vinculadas solamente con el acceso al empleo. Esta puede asociarse con todos aquellos aspectos que se vinculen, de una forma u otra, a la prestación de servicios laborales, con un campo amplio de aplicación, que incluye situaciones que van, desde las condiciones de trabajo, hasta la igualdad salarial y la seguridad en el empleo.

De allí que sea oportuno señalar las diversas etapas que existen en el desarrollo de una relación laboral. Entre ellas se pueden mencionar las siguientes: “1) Etapa previa a la constitución de la relación laboral (etapa pre-ocupacional); 2) la etapa que se desarrolla mientras dura la relación laboral en sí misma (etapa ocupacional) y, por último; 3) la etapa de extinción de la relación laboral (etapa post-ocupacional)”¹⁰⁸⁸.

Las etapas antes mencionadas son propensas a la configuración de conductas discriminatorias. En la primera, subsiguiente a la oferta del empleo y previa a la celebración del contrato de trabajo, se requiere la verificación de los requisitos para el acceso al empleo por la, o el postulante. Esta es una etapa proclive a la discriminación, pues en ella el empleador puede, por ejemplo, exigir la realización de la prueba de VIH, o el test de embarazo que se les solicita a algunas mujeres para acceder a un empleo; o puede suceder que se escoja o rechace a un trabajador por razón de su sexo o por otra razón injustificada¹⁰⁸⁹.

La segunda etapa, abarca desde la celebración formal del contrato, hasta su extinción por cualquiera de las causales previamente establecidas. En esta, los problemas se enfocan en la posición del empleador para enfrentar determinadas situaciones y tomar decisiones que en ocasiones pueden convertirse en discriminatorias, por ejemplo, el despido de un trabajador debido a sus ausencias por enfermedad de VIH-SIDA.

189–197; DE MAGALHÃES E CARVALHO, Ana Sofía, “La discriminación por razón de la edad en el mercado laboral...”, *cit.*, pp. 205–209.

¹⁰⁸⁸ CASTRO CASTRO, José Francisco, “Discriminación en las Relaciones Laborales. Algunos casos particulares”, en *Doctrina, estudios y comentarios*, No. 146, Santiago de Chile, junio 2001, pp. 8 y 9.

¹⁰⁸⁹ BALLESTER PASTOR, María Amparo, “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, en *Revista Lan Harremanak*, No. 25, Vizcaya, 2012, p. 74.

Por último, la etapa de extinción de la relación laboral, genera en muchos de los casos, situaciones de discriminación en dependencia de las circunstancias y causas que produjeron el despido, que varios supuestos pueden ser considerado injustificado por ser discriminatorio.

Los instrumentos internacionales en la lucha por respetar la igualdad de trato, han tenido una gran aportación en lo que se refiere a la regulación de las normativas jurídicas en materia laboral, las cuales en reiterados casos han sido ratificadas por los Estados para asegurar la eliminación de todas las manifestaciones de discriminación.

En este supuesto, puede mencionarse la Organización Internacional del Trabajo, que en las últimas décadas se ha trazado como objetivo fundamental la erradicación de la discriminación en todos los aspectos relativos al ámbito laboral. La definición de discriminación en materia laboral se ha esclarecido en instrumentos internacionales como el Convenio No. 111 de la OIT sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, cuando refiere que la protección reconocida ante los supuestos de discriminación se aplica a cualquier distinción, exclusión o preferencia, ya sean las reguladas legalmente, o las que se manifiestan en la práctica, tanto en el sector público como privado¹⁰⁹⁰.

La selección de personal toma en cuenta numerosas características que van más allá de la capacidad profesional de cada individuo, considerando elementos como la edad, el estado civil, el aspecto físico, e incluso, el hecho de tener hijos. Es así como en ocasiones se presenta la discriminación laboral, entendida como la distinción, exclusión o preferencia de trato que ocurra en una relación de trabajo, fundamentándose en criterios como la raza, el color, el sexo, la religión, la sindicación, la opinión política, o cualquier otro que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁰⁹¹.

La discriminación en el trabajo consiste en una diferencia de trato basada en las características personales de un individuo, como la raza o el sexo, y no en su

¹⁰⁹⁰ Organización Internacional de Trabajo, Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958.

¹⁰⁹¹ CASTRO, José, "Discriminación en las relaciones laborales", en *Boletín Dirección del trabajo*, No. 146, Santiago de Chile, 2001, pp. 7-19.

perfil profesional, que puede ser el idóneo para el empleo de que se trate. Con ello se le impone una desventaja o se le niegan ciertos beneficios, prestaciones y oportunidades a determinadas personas, en relación a otros miembros de la sociedad¹⁰⁹².

La discriminación en materia laboral puede clasificarse de la siguiente forma¹⁰⁹³:

a) Discriminación en el empleo: los empleadores contratan un mayor número de personas pertenecientes al grupo no discriminado, por tanto, las tasas de desempleo de las personas discriminadas aumentan, por lo que el retorno de su capital humano es más bajo en comparación con el grupo no discriminado.

b) Discriminación en la paga: el salario del grupo discriminado es menor, ocasionándose un desbalance entre las ganancias, lo que provoca que el capital humano del grupo discriminado disminuya.

c) Discriminación en la ocupación: las personas no discriminadas son asignadas a las ocupaciones mejores remuneradas, por tanto, sus ingresos son más altos de lo que serían si la oportunidad de ocupar el puesto fuera ofrecida a todos.

d) Discriminación en el poder de monopolio: se niega la entrada de las personas que pertenecen al grupo discriminado a determinados monopolios, generando un retorno alto del monopolio para el capital humano del grupo no discriminado.

e) Discriminación del capital humano: las oportunidades de acceso a la superación son negadas a las personas del grupo discriminado, existiendo menos capital humano que ocupan puestos en el mercado laboral.

El comportamiento de la discriminación en el ámbito laboral ha sido analizado desde múltiples aristas, formándose diferentes teorías que fundamentan su origen o causa, dentro de ellas se pueden citar las siguientes:

¹⁰⁹² TOMEI, Manuela, "Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo", en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, Ginebra, 2003, pp. 441-459; HORBATH, Jorge E y Amalia GRACIA, "Discriminación laboral y vulnerabilidad de las mujeres frente a la crisis mundial en México", en *Economía, Sociedad y Territorio*, Vol. XIV, No. 45, México DF., 2014, pp. 466-468.

¹⁰⁹³ Para profundizar sobre el tema, puede utilizarse el criterio de THUROW, Lester, *Inversión en Capital Humano*, editorial Trillas, México DF., 1998, p. 56.

En primer lugar, puede citarse la Teoría del gusto o preferencia por la discriminación, planteada por BECKER¹⁰⁹⁴. Esta señala tres causas: los orígenes de quienes contratan; la discriminación entre los compañeros de trabajo; y la negación de los clientes de acceder a los productos o servicios ofertados por una persona discriminada¹⁰⁹⁵.

En esta teoría se introduce un concepto denominado gusto por la discriminación, en la que la persona que desarrolla un gusto discriminatorio debe estar dispuesta a pagar un precio, ya sea de forma directa o indirecta. Para explicar lo anterior se crea el término coeficiente de discriminación, el cual es el equivalente expresado en dinero de estar asociado a una persona u objeto.

De acuerdo a la concepción anterior, para un empleador el salario del trabajador se establece a través de la variable W (trabajo), sin embargo, cuando existe un supuesto de discriminación, la variable trasmuta en $W=(1+d)W$. Según esta teoría, mientras mayor sea el coeficiente de un empleador, menor serán las posibilidades de acceso al empleo del trabajador, y menor será el valor del salario asignado¹⁰⁹⁶. Esta teoría solo es útil para explicar las discriminaciones salariales en el corto plazo, ya que las presiones de mercado hacen imposible su validez a largo plazo.

Otra sería la Teoría estática de la discriminación, configurada a partir de la influencia de las expectativas del empleador respecto al trabajador, para tomar la decisión de contratarlo¹⁰⁹⁷. En esencia, la discriminación estadística implica que el mercado otorgue valor no solo a la productividad, sino además a las características personales del trabajador¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁴ Becker, Gary, "The Economic Way of Looking at Behavior", in *Journal of Political Economy*, Chicago, 1993, pp. 385-409.

¹⁰⁹⁵ Vid. RIVERA, Jairo, "Teoría y práctica de la discriminación en el mercado laboral ecuatoriano (2007-2012)", en *Analítika Revista de análisis estadístico*, No. 5, Quito, 2013, pp. 16-18.

¹⁰⁹⁶ *Idem*.

¹⁰⁹⁷ Esta teoría fue desarrollada por ARROW y PHELPS en el año 1973. Vid. BAQUERO, Jairo, Juan Carlos, GUATAQUÍ & SARMIENTO, Lina, "Un marco analítico de la discriminación laboral. Teorías, modalidades y estudios para Colombia", en *Borradores de investigación*, No. 8, Bogotá, 2000, pp. 1-31.

¹⁰⁹⁸ ARROW, Kenneth. "Some Mathematical Models of Race in the Labor Market", in *Racial Discrimination in Economic Life*, ed. A.H. PASCAL, Lexington Books, Lexington, 1972, p. 6.

Del análisis de esta teoría puede señalarse que aun cuando la discriminación en el acceso al empleo parezca dar resultados positivos a corto plazo, mientras más alto sea el índice de criterios discriminatorios utilizados por un empleador, menor será su resistencia a las presiones competitivas del mercado al no incluir nuevas variables, lo que a largo plazo afecta el funcionamiento de la empresa cuando no genera desafíos que expliquen la teoría de elección racional.

Para PHELPS, la discriminación estadística puede ser aplicada a todo tipo de empleador o trabajador, sin que sea necesario que exista un gusto por discriminación hacia contratar y trabajar, a diferencia del *taste-based* (BECKER), que necesita la presencia del gusto por discriminación¹⁰⁹⁹.

De acuerdo a las concepciones establecidas para la teoría estadística, este tipo de discriminación deber ser reconocida bajo “sospecha legal” de discriminación, ya que si no es bien estudiada, puede generar problemas en la adecuada funcionabilidad de las asignaciones del mercado y en la equidad con la que las personas pueden acceder a este¹¹⁰⁰.

En esta teoría se valora no sólo la productividad, sino las características personales; y en este caso, el empleador tiene una perspectiva incompleta respecto a la productividad del individuo, por lo que recurre a lo que observa según su intuición¹¹⁰¹.

Una de las principales dificultades de esta teoría radica en que basa sus principios en la categoría de grupo discriminado, obviando las diferencias que caracterizan al individuo, el cual se ve absorbido por el grupo. Algunos detractores¹¹⁰² fundamentan que la teoría estadística genera una inequidad entre los grupos, al arraigar las causas de discriminación incluso a generaciones futuras, debido a que si una persona es discriminada por su condición de raza,

¹⁰⁹⁹ PHELPS, Edmund. “The Statistical Theory of Racism and Sexism”, in *American Economic Review*, New York, 1972, pp. 659-660.

¹¹⁰⁰ LOURY, Glenn, “Discrimination in the Post-Civil Rights Era: Beyond Market Interaction”, in *The Journal of Economic Perspectives*, Bogotá, 1998, pp. 117-126.

¹¹⁰¹ FERNÁNDEZ, María, “Determinantes del diferencial salarial por género en Colombia 1997-2003”, en *Revista Desarrollo y Sociedad*, No. 58, Bogotá, 2006, pp. 165-180.

¹¹⁰² CAHUC, Pierre y André, ZYLBERBERG, Labor Economics, 1st edition, IL: The MIT Press, Cambridge, Chicago, 2004, pp. 1-18.

a pesar de contar con estudios que lo capacitan para desempeñarse en el puesto que aspira, la imagen ante su familia y sociedad estará determinada por la condición de que no importa la educación que profeses si te encuentras dentro del grupo discriminado.

Por su parte, la Teoría de la discriminación con enfoque de género considera al hombre como centro social. En ella se genera una segregación que puede entenderse como discriminación ocupacional, regulando según criterios de productividad y la cantidad de mujeres y hombres que pueden acceder a un trabajo¹¹⁰³. Los empleadores basan su selección en parámetros como el deber de las mujeres de ocuparse de las tareas del hogar, el supuesto del embarazo, así como las negaciones de movilidad de empleo ante la posible separación familiar.

El sexo es un determinante de la demanda laboral. Por lo general, las mujeres realizan actividades en el sector de servicios y comercio, en cambio, otros sectores como la industria suelen priorizar la mano de obra masculina¹¹⁰⁴.

También debe mencionarse la Teoría feminista y socio sexual, encaminada a eliminar las diferencias laborales entre los hombres y las mujeres, brindándole a estas últimas una oportunidad más real de acceso al empleo. Para esta teoría, los problemas de la mujer en el mercado laboral provienen de los estigmas sociales que han creados estereotipos donde esta debe realizar las tareas del hogar, atender a los hijos, entre otros, limitándoles el grado de desarrollo profesional. La economía feminista plantea que el hecho de no compartir las responsabilidades del hogar y el papel dominante del hombre en sociedad, hacen que el capital humano femenino y el nivel de experiencia laboral sean mínimos¹¹⁰⁵.

¹¹⁰³ GARCÍA DE FANELLI, Ana, "Patrones de desigualdad social en la sociedad moderna..." *cit.*, pp. 239-242.

¹¹⁰⁴ BAQUERO, Jairo, Juan Carlos, GUATAQUÍ & SARMIENTO, Lina, "Un marco analítico de la discriminación laboral..." *cit.*, p.15.

¹¹⁰⁵ GUTIÉRREZ CÁRDENAS, Paola, *Desigualdad laboral en Ecuador*, editorial Pontificia Universidad Católica, Quito, 2011, p. 45; PELÁEZ DOMÍNGUEZ, José, "La discriminación negativa por razón de edad en los trabajadores de edad madura..." *cit.*, pp. 257 – 261.

Con independencia de la teoría utilizada para explicar el tipo de discriminación de que se trate, resulta pertinente señalar que su desarrollo en la esfera laboral constituye uno de los principales problemas que enfrentan las personas que pertenecen a los grupos discriminados. Por lo que el reconocimiento legal brindado por el Estado adquiere una importancia significativa a la hora de brindar una protección jurídica efectiva frente a las causales de discriminación.

La prohibición de la discriminación en Ecuador ocupa un lugar destacado en la esfera laboral, sobre todo, a partir del reconocimiento de la temática en los instrumentos internacionales que el país ha ratificado. De esta forma, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es el instrumento internacional que aborda de una forma más completa la protección contra la discriminación en el ámbito laboral. En él se regularizan elementos como la disponibilidad; la accesibilidad; la aceptabilidad y la calidad en la protección frente a la discriminación desde distintas aristas, como son el sexo, la edad, la discapacidad, la condición migratoria, entre otros. Se reconoce además el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, unido al goce de una remuneración representada mediante un salario equitativo e igual, por trabajo de igual valor, sin distinciones¹¹⁰⁶.

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona al trabajo, a la libre elección de este a través de condiciones equitativas y satisfactorias y a la protección contra el desempleo; el derecho a tener igual salario por trabajo igual sin discriminación alguna; el

¹¹⁰⁶ El Pacto reconoce en el artículo 7 “el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria y el derecho a fundar sindicatos para la defensa de sus intereses¹¹⁰⁷.

Teniendo en cuenta la regulación jurídica en materia laboral a nivel internacional, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se determina para las relaciones laborales, la igualdad y el mismo goce de derechos, deberes y oportunidades para todas las personas, al prohibirse cualquier práctica discriminatoria.

A partir de la anterior disposición, la Constitución niega el uso de fundamentos de selección laboral, cuando prohíbe el empleo de criterios e instrumentos discriminatorios que afecten la privacidad, la dignidad y la integridad de las personas¹¹⁰⁸. Respecto a esta negación¹¹⁰⁹, no es posible tener libertad en el acceso al trabajo o elección del mismo cuando se discrimina en el proceso de obtención. Seguidamente, en el propio texto constitucional se enfatiza en el deber del Estado de garantizar a las mujeres la igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo¹¹¹⁰.

Por su parte, del Código de Trabajo establece en el artículo 2 que el trabajo es un derecho y un deber social que se configura como un derecho económico libremente escogido y aceptado, asegurando que el Estado se encuentra en la

¹¹⁰⁷ El artículo 23 de la Declaración de Derechos humanos establece que toda persona tiene derecho a: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

¹¹⁰⁸ Así lo dispone el artículo 329 de la Constitución ecuatoriana en su cuarto párrafo: “Los procesos de selección, contratación y promoción laboral se basarán en requisitos de habilidades, destrezas, formación, méritos y capacidades. Se prohíbe el uso de criterios e instrumentos discriminatorios que afecten la privacidad, la dignidad e integridad de las personas”.

¹¹⁰⁹ TRUJILLO, Julio César, *Derecho del Trabajo*, tomo I, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1986, p. 34.

¹¹¹⁰ El artículo 331 de la Constitución establece: “El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades. Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo”.

obligación de garantizar a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad.

De igual forma, prohíbe la discriminación al asegurar que a igual trabajo, corresponderá igual remuneración sin discriminación por razones como el nacimiento, la edad, el sexo, la etnia, el color, el origen social, el idioma, la religión, la filiación política, la posición económica, la orientación sexual, el estado de salud, la discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole, considerando solamente parámetros como las especializaciones y práctica en la ejecución del trabajo¹¹¹¹.

No obstante, a pesar de los esfuerzos por alcanzar un acceso al empleo justo y no discriminatorio, la segmentación del mercado de trabajo constituye el escenario de desarrollo de la discriminación laboral, el que, indudablemente, afecta varios sectores como la población inmigrante, ubicada en los escalafones más bajos de la estructura ocupacional o etno-estratificación del mercado de trabajo¹¹¹².

El Derecho ecuatoriano ha encauzado sus esfuerzos legislativos a la protección de la desigualdad mediante la aprobación de la Normativa para la Erradicación de la Discriminación en el ámbito laboral, mediante la aprobación del Acuerdo Ministerial No. 82¹¹¹³. El objetivo fundamental de este texto es establecer regulaciones que permitan el acceso a los procesos de selección del personal en igualdad de condiciones, así como garantizar la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral.

¹¹¹¹ El artículo 79 del Código del Trabajo establece: “A trabajo igual corresponde igual remuneración, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole; más, la especialización y práctica en la ejecución del trabajo se tendrán en cuenta para los efectos de la remuneración”.

¹¹¹² PARELLA RUBIO, Sonia, “El trasvase de desigualdades de clase y etnia entre mujeres: los servicios de proximidad”, en *Papers, Revista de Sociología*, Vol. 60, Barcelona, 2000, p. 279.

¹¹¹³ El artículo 1 de la mencionada normativa establece: “El presente acuerdo tiene como objeto establecer regulaciones que permitan el acceso a los procesos de selección de personal en igualdad de condiciones, así como garantizar la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, estableciendo mecanismos de prevención de riesgos psicosociales”. *Vid.* Normativa para la erradicación de la discriminación en el ámbito laboral, Acuerdo Ministerial No. 82, Registro Oficial 16, de fecha 16 de junio de 2017, Estado: vigente, Quito.

La Orden Ministerial no se limita a reconocer la protección de las personas discriminadas, sino que además, define como discriminación cualquier trato desigual, exclusión o preferencia hacia una persona, siempre que se base en una de las causas de discriminación de las que se han señalado, dejando en claro que no se considerará como discriminación los criterios de selección de talento humano basados en el conocimiento técnico específico, experiencia necesaria, y además requisitos inherentes para el adecuado desenvolvimiento de la vacante laboral¹¹¹⁴.

Respecto a su aplicación en el ámbito particular, la normativa realiza una declaración expresa al establecer que las disposiciones son de aplicación obligatoria para el sector público y privado, en reconocimiento de los derechos de las personas y de los grupos de atención prioritaria. De allí que queda establecido, sin lugar a dudas, que todas las personas tienen el derecho de participar en igualdad de oportunidades y libres de discriminación en los procesos de selección de personal en el sector público y privado.

La normativa prohíbe la exigencia de requisitos para la selección del personal, incluyéndose supuestos como pruebas, resultados de embarazo, información referente al estado civil, fotografías en el perfil de la hoja de vida, pruebas resultados de exámenes de VIH/SIDA, información de cualquier índole acerca de su pasado judicial, su asistencia prohibiendo vestimentas propias referentes a su etnia o a su identidad de género, pólizas de seguro privado por enfermedades degenerativas o catastróficas, además de establecer como requisitos criterios de selección referentes a la edad, sexo, etnia, identidad de género, religión, pasado judicial, y otros requisitos discriminatorios.

Se agrega también que los espacios públicos deberán respetar la igualdad y la no discriminación de las personas, y prohibir acciones como la desvalorización de habilidades, aptitudes, estigmatización y estereotipos negativos; la divulgación de la intimidad corporal y orientación sexual diversa; la intimidación y hostigamiento; la segregación ocupacional y abuso en actividades operativas,

¹¹¹⁴ *Vid.* artículos 2, 3, 4 de la Normativa para la erradicación de la discriminación en el ámbito laboral.

el hecho de asignar tareas no acordes a la discapacidad. El postulante o el trabajador podrá denunciar cualquier acto discriminatorio, de manera escrita o verbal, detallando los hechos, y anexando las pruebas que sustenten la denuncia ante las Inspectorías provinciales de Trabajo, de forma escrita o verbal.

La protección de la normativa para erradicar la discriminación en el ámbito laboral en Ecuador extiende sus preceptos a las consecuencias psicosociales que pueden verse aparejadas a algunas de las formas de discriminación reconocidas en la normativa. Por ello dispone que, en todas las instituciones públicas y privadas con más de 10 trabajadores, se debe ejecutar el programa de prevención de riesgos psicosociales, el que contará con acciones para fomentar una cultura de no discriminación y de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral.

Por otra parte, se encuentra la Agenda de Igualdad de Género 2014-2017, en la que se establece dentro de su ámbito de actuación, el eje de Producción y Empleo, potenciando el papel de las mujeres y personas LGBTI en el desarrollo económico y productivo del país al adoptar políticas dirigidas a superar el subempleo, desempleo y la explotación laboral¹¹¹⁵.

Para concluir, en el ámbito laboral en Ecuador, existen varias disposiciones legales que pretenden brindar una adecuada protección a personas frente a la discriminación, sin embargo, la segmentación del mercado, el empleo de criterios de accesibilidad, la selección, discriminación salarial, étnica, negación de acceso al puesto debido al género o identidad sexual, edad, entre otros, aun laceran las garantías jurídicas brindadas por el Estado ecuatoriano frente a la discriminación. Por consiguiente, se aboga por el perfeccionamiento de los mecanismos creados, así como la capacitación del sector público y privado,

¹¹¹⁵ Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género 2014-2017, Consejo Nacional de Igualdad de Género, Comisión de Transición para la definición de la Institucionalidad Pública que garantice la igualdad entre hombres y mujeres, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, abril del 2014, Ecuador. De igual forma, el Consejo Nacional para la Igualdad de Género (CNIG) contribuye al cumplimiento de los ejes planteados, mediante las propuestas y políticas de la Agenda Nacional para la Igualdad de las Mujeres y Personas LGBTI 2018-2021, Quito, 2018.

además de la adopción de medidas coercitivas que sancionen los supuestos de discriminación.

5.3.3.1. Formas de discriminación más comunes en las relaciones laborales

Uno de los grupos más discriminados en el ámbito laboral son las personas discapacitadas, a quienes se le niega el acceso al empleo debido a su condición. Esta discriminación, en ocasiones alcanza a sus cuidadores, a los que se les niega oportunidades de trabajo mediante la justificación de que su tiempo y rendimiento se encuentran comprometidos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de garantizar a estas personas el pleno desarrollo de sus derechos en el ámbito laboral.

La Constitución ecuatoriana de 2008 garantiza la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad; prohibiendo al empleador disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad basándose en su condición¹¹¹⁶.

Siguiendo el orden legal establecido en el Ecuador sobre la protección de las personas con discapacidad frente a la discriminación, la Ley Orgánica de Discapacidades de 2012 dedica su sección quinta, “Del trabajo y capacitación”, a regular todo lo concerniente al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante¹¹¹⁷. En esta sección, de forma resumida, se establecen los derechos de las personas antes mencionadas para acceder a un trabajo remunerado en condiciones de igualdad, y a no ser discriminadas en las prácticas relativas al empleo, incluyendo el procedimiento para la aplicación, selección, contratación, capacitación e indemnización del personal y demás condiciones establecidas en los sectores público y privado.

La ley Orgánica de Discapacidades regula, además, las políticas laborales que facilitarán la formación para el trabajo, el empleo, la inserción y reinserción laboral, la readaptación profesional y reorientación ocupacional para personas con discapacidad, así como los servicios de orientación laboral, promoción de

¹¹¹⁶ Vid. artículo 330 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

¹¹¹⁷ Vid. artículos 45 al 56 de la Ley de Discapacidades de Ecuador.

oportunidades de empleo, facilidades para su desempeño, así como la colocación y conservación de empleo mediante la aplicación de equidad de género.

En cuanto a la inclusión laboral, se dispone mediante esta propia Ley, que el empleador público o privado que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, estará en la obligación de contratar el cuatro por ciento de personas con discapacidad en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condiciones físicas y aptitudes individuales, procurando los principios de equidad de género y diversidad de discapacidades.

Además de ello, las instituciones públicas y privadas estarán obligadas a adecuar sus requisitos y mecanismos de selección de empleo con el objetivo de facilitar la participación de las personas con discapacidad. Se procurará además la equidad de género y diversidad de discapacidad, generándose como responsabilidad de la autoridad nacional encargada de las relaciones laborales, la de garantizar y fomentar la inserción laboral de las personas con discapacidad.

Seguidamente, se prevé que las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de una estabilidad especial en el trabajo. En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien tuviere a su cargo la manutención, tendrá derecho a una remuneración con un valor equivalente a dieciocho meses de la mejor remuneración, de conjunto con la indemnización legal correspondiente. Además, para la supresión de los puestos de trabajo, no serán considerados aquellos ocupados por personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional.

Se establece como medida de protección contra la discriminación que la autoridad nacional encargada de las relaciones laborales tenga como obligación realizar seguimientos periódicos de verificación de la plena inclusión laboral de las personas con discapacidad, supervisando el cumplimiento del porcentaje de Ley y las condiciones laborales en las que se desempeñan. Incluso, las

entidades públicas crediticias tendrán la obligación de mantener una línea de crédito preferente para emprendimientos individuales, asociativos y/o familiares de personas con discapacidad.

Uno de los sectores laborales más discriminados en materia de empleo son las mujeres, pues se entiende que su rol natural está supeditado a su condición reproductiva, por tanto, será menos eficiente que un hombre para trabajos remunerados. La naturaleza patriarcal de la sociedad y el poder hegemónico de los hombres, ha transformado la estructura de la sociedad, ocasionando una baja representación de las mujeres en la jerarquía ocupacional, dividiendo por géneros el patrón de empleo y oportunidades¹¹¹⁸.

En el ámbito laboral, la mujer en el Ecuador se halla en una posición de desventaja en cuanto a salario y fácil acceso a cargos importantes en las empresas; identificándose como grupos de riesgos no sólo ellas, sino también los jóvenes (menores de 18 años), trabajadores del sector rural y trabajadores por cuenta propia¹¹¹⁹.

La naturaleza patriarcal de la sociedad y el poder hegemónico de los hombres, ha transformado la estructura de la sociedad, ocasionando una baja representación de las mujeres en la jerarquía ocupacional y dividiendo por géneros el patrón de empleo y oportunidades¹¹²⁰.

Si a lo anterior se une el hecho de ser mujer e indígena, la discriminación laboral es aún mayor, pues los mecanismos más comunes de exclusión en el mercado laboral se basarían en el sexo y en el origen étnico, dejando a las mujeres

¹¹¹⁸ JAWANDO, Jubril Olayiwola, & ADENUGBA, Adebimpe, "Gender differences in the allocation of tasks and decent work in the food and beverage industry in Lagos, Nigeria", *Gender and Behaviour*, Vol. 15, No. 1, London, 2017, p. 8303.

¹¹¹⁹ VILLACÍS, Andrea & REIS, Marcos, "Análisis de la vulnerabilidad laboral y los determinantes del trabajo decente. El caso de Ecuador 2008-2011", en *Revista de Economía del Rosario*, Vol. 18, No. 2, Bogotá, 2016, pp. 157-185. En cuanto a las diferencias salariales de las mujeres en el Ecuador *Vid.* ALBUJA-ECHEVERRÍA, Wilson Santiago y María José ENRÍQUEZ-RODRÍGUEZ, "Análisis de la discriminación laboral hacia las mujeres en Ecuador 2007-2016", en *Revista de Ciencias Sociales Convergencia*, No. 78, México DF., 2018, pp. 13-41.

¹¹²⁰ ESPINOZA, Nereyda, "Estimación de la Brecha Salarial entre Hombres y Mujeres: Un Análisis por Cuantiles para el Ecuador", en *Económicas Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL)*, 2-20, Quito, 2009, p.45.

afrodescendientes e indígenas en una de las condiciones más vulnerables dentro del mercado laboral.

Por tal motivo, el tema de la discriminación salarial por género debe convertirse en un tema prioritario para la elaboración de las políticas públicas del Estado, el que debe identificar los factores que influyen para que este fenómeno se refleje en la sociedad¹¹²¹. De tal modo, al ente de ejercicio del poder corresponderá un papel activo para desarrollar medidas afirmativas dirigidas a lograr la igualdad y la no discriminación salarial o laboral por género.

En el ámbito laboral, también existen otros grupos discriminados por pertenecer a una etnia, los que son afectados desde el proceso de selección y sometidos a diferentes condiciones laborales, como por ejemplo recibir menor salario y tener inestabilidad laboral. Los estudios respecto a la discriminación racial en la esfera laboral demuestran la existencia en el mercado laboral de supuestos discriminatorios basados en el nacimiento como factor de exclusión o limitación.

Otra de las discriminaciones más comunes en la esfera laboral afecta a las personas portadoras de VIH/SIDA. En ese sentido, en relación con el derecho al trabajo que tienen las personas portadoras del virus, se deben aplicar las disposiciones del Código de Trabajo al determinar la prohibición de no despedir intempestivamente al trabajador en el lapso de tiempo que padeciere de una enfermedad no profesional que lo inhabilite para el trabajo¹¹²², lo cual se relaciona con el derecho a la jubilación por invalidez cuando exista una incapacidad total y permanente para todo trabajo en los casos dispuestos por la Ley de Seguridad Social.

Con estas medidas, se trata de garantizar el derecho al trabajo de las personas con VIH/SIDA, por cuanto el incumplimiento de estas disposiciones violenta el

¹¹²¹ Respecto a la discriminación salarial por género, Vid. CASTRO, David, HUESCA, Luis, & ZAMARRÓN, Natalia, "Discriminación salarial por género, en la industria manufacturera de la frontera norte de México, en el periodo 2005-2011", en *Nóesis: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Vol. 24, No. 47, Chihuahua, 2015, pp. 51-82; DAVID NIETO, Fabio, "Discriminación y diferenciales de salarios en el mercado laboral", en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 18, No. 34, Primer Semestre, 2016, p. 117.

¹¹²² El artículo 175 del Código de Trabajo establece: "El empleador no podrá desahuciar ni despedir intempestivamente al trabajador durante el tiempo que este padeciere de enfermedad no profesional que lo inhabilite para el trabajo, mientras aquélla no exceda de un año".

principio de no-discriminación y el de estabilidad laboral como distinción positiva que protege la dignidad humana, en razón de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas portadoras del virus.

Las personas que pertenecen a determinados grupos étnicos constituyen otro de los sectores más discriminados. Los trabajadores étnicos (pertenecientes a cierto grupo racial) son más propensos a sufrir algún tipo de actuar discriminatorio por parte de los empleadores, que fundamentan su actuar en prejuicios raciales que los lleven a discriminar. El estudio de esta problemática adquiere un matiz mucho más significativo en un país como Ecuador, donde cerca del 20 % de la población pertenece a una minoría étnica¹¹²³.

En materia de empleo, un supuesto de discriminación muy común es la edad, a pesar de que la Constitución establece el respeto a los derechos de estos grupos, existen casos de discriminación en el acceso al empleo, evidenciándose en los jóvenes cuando son discriminados por la falta de experiencia o capacidades adquiridas con el tiempo; y en el caso de los adultos mayores, por su falta de fuerza para desempeñar determinado tipo de trabajo.

Siguiendo ese orden, el Estado ecuatoriano deberá adoptar medidas positivas de orden legislativo, económico, social y político, de forma tal que se prohíban todos los tipos de discriminación contra las niñas, niños, adolescentes y personas mayores, incluyendo no solo la prohibición del actuar discriminatorio, sino además la sanción a cualquier persona, organización o empresa privada que discrimine por cualquiera de los motivos antes analizados.

Si se considera lo expuesto, puede concluirse que, si bien existe una regulación legal que respalda la protección jurídica frente a los distintos supuestos discriminatorios analizados, la realidad ecuatoriana es otra, debido a la ocurrencia de acciones discriminatorias, sobre todo en el ámbito laboral, que limitan y excluyen los derechos de las personas pertenecientes a los llamados grupos desventajados. La existencia de casos respecto a la discriminación presentados ante la Corte, evidencian que, aun con normativas y reglas para

¹¹²³ BOTELLO PEÑALOZA, Héctor Alberto, "Determinantes de la discriminación racial en el mercado laboral en el Ecuador 2010-2012", en *Equidad y Desarrollo*, No. 24, Bogotá, 2014, pp. 26.

evitarlas, las violaciones persisten. En materia laboral, las discriminaciones más comunes (que no excluyen al resto) giran en torno al género, la discapacidad, la etnia, la enfermedad, la edad o el pasado judicial, fundamentada en la errónea creencia del empresario de que la prohibición de discriminar alcanza a las relaciones entre particulares.

5.3.3.2. Criterio jurisprudencial y estudio de casos

La Corte Constitucional ecuatoriana establece que los trabajadores no podrán ser objeto de discriminación por su estado de salud o padecimientos, al referir:

“un empleador no puede dar por terminada una relación laboral con un empleado que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta en razón de sus padecimientos, pues ello sería un acto abiertamente discriminatorio prohibido por la Constitución y colocaría a estas personas en una situación de extremo riesgo en cuanto a su vida, al no contar con los medios suficientes que les permitan procurarse unos ingresos dignos que aseguren su tratamiento y una vida digna más allá de la obligación ineludible del Estado frente a este tipo de enfermedades”.

Según el Alto Foro “el padecimiento de una enfermedad no laboral (...) no le habilita al empleador a dar por terminada la relación laboral; por lo tanto, la separación (...) es una actitud sospechosa de discriminación por parte de la empresa empleadora”¹¹²⁴. La Corte establece además, que:

“(...) ninguna entidad, ya sea pública o privada, puede dar por terminada una relación laboral alegando que el trabajador posee una enfermedad crónica, ya que constituye un acto discriminatorio que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos fundamentales de la persona afectada”¹¹²⁵.

De acuerdo a la sentencia comentada:

“Una de las discriminaciones más frecuentes se presenta en el ámbito laboral por cuanto la noticia de que una persona es portadora de VIH o enferma de SIDA en un medio de trabajo, implica en la mayoría de los casos, que esa persona sea despedida o se vea acosada, de suerte que la persona afectada se halla en el desamparo y vulnerable frente a este tipo de actitudes”.

Por su parte, en otra decisión de fecha cercana a la anterior el propio ente de la jurisdicción constitucional ha expuesto sus argumentos del modo siguiente:

“Sobre este escenario, de la protección del derecho al trabajo, se evidencia a su vez la necesidad de tutela del derecho a la igualdad dentro de la esfera laboral, observando que las personas no sean discriminadas por las categorías previstas

¹¹²⁴ Vid. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP, de fecha 15 de noviembre de 2016.

¹¹²⁵ *Idem*.

Capítulo V. La incorporación del principio de no discriminación en el moderno derecho de contratos. Especial referencia al ordenamiento jurídico ecuatoriano

en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, como es el caso de portar VIH¹¹²⁶.

Del tal criterio se establece que, dentro del ámbito laboral, los trabajadores con VIH/SIDA cuentan con una estabilidad laboral distinta al resto de los trabajadores. La separación de ellos se configura como una categoría sospechosa y el empresario deberá demostrar que el despido no se fundamenta en el hecho de contar con esta enfermedad. Al respecto, es posición de la Corte:

“Bajo ningún motivo el empleador podría justificar un despido o terminación de la relación laboral en argumentos que se agoten en el rendimiento de las actividades laborales del trabajador, pues, el deterioro físico y psicológico que sin duda influye en el desempeño de las actividades laborales desempeñadas, es propio de la enfermedad so pena de incurrir en un trato discriminatorio; en tal caso, el empleador deberá proceder a reubicar a su trabajador con la finalidad de que pueda desempeñar su trabajo en condiciones aceptables para las partes; este criterio es acorde con los preceptos constitucionales y normativa del derecho internacional de los derechos humanos que buscan garantizar los derechos de las personas consideradas dentro de los grupos vulnerables, en la especie aquellas que padecen enfermedades catastróficas¹¹²⁷.

En relación a la protección laboral de las personas discapacitadas, la Corte Constitucional ecuatoriana se ha pronunciado en el orden de reconocer el carácter prioritario de este grupo para las políticas del ente político público. Cuestión que exige una protección laboral mucho más amplia que al resto de los trabajadores, negando que pueda terminarse la relación de trabajo bajo el supuesto de mal desempeño por discapacidad. De este modo, argumenta en los siguientes términos:

“Toda institución pública, al momento de seleccionar su personal, debe priorizar la contratación de personas que pertenecen a este grupo de atención prioritaria, por medio de figuras que brinden estabilidad. Por otra parte, en aquellos casos en que las entidades públicas no hayan contratado a personas calificadas como discapacitadas por medio de figuras que brindan estabilidad (...) y hayan, contrario a ello, recurrido al contrato ocasional, la forma de equiparar sus derechos laborales y de brindarles igualdad material, es a través del establecimiento de normas que brinden una especial protección a su favor. (...) para garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales de las personas con discapacidad, las entidades públicas están facultadas para dar por terminada la relación laboral de manera unilateral, cuando existan razones previamente establecidas en la ley y el reglamento pertinente, que así lo justifiquen; por lo tanto, deberán, en todos los casos, respetar el plazo de duración establecido en los contratos¹¹²⁸.

¹¹²⁶ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP, de fecha 13 de enero de 2016.

¹¹²⁷ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 375-17- SEP-CC, Caso 0526-13-EP, de fecha 22 de noviembre de 2017.

¹¹²⁸ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. Sentencia 258-15-SEP-CC Caso 2184-11-EP, de fecha 12 de agosto de 2015.

Unido a lo anterior, reforzando el aspecto de la no discriminación y la necesaria argumentación del trato de diferenciado conforme a criterios de justicia y respeto de la dignidad humana, el máximo intérprete de la Constitución dispone:

“Todas las personas que de una u otra manera se encuentran prestando un servicio, desempeñando una actividad o labor, están sujetas a una condición de trato igualitario con la consecuente prohibición de discriminación cuando las circunstancias son también iguales, pero la situación difiere cuando existen circunstancias particulares que ameritan un trato diferenciado”¹¹²⁹.

Si se sigue la línea trazada por la Corte:

“El principio de igualdad de trato y de oportunidades en razones de sexo debe impregnar todos los ámbitos de la sociedad, es sobre todo importante que se aplique en el ámbito laboral público y privado. Es evidente la clara situación de desventaja de hecho en que se encuentran las mujeres en el ámbito laboral ensamblada precisamente a aspectos vinculados a su sexo biológico o a sus roles sociales que se concreta en una menor incorporación al mercado de trabajo, y una vez incorporadas, unas peores condiciones de trabajo, una mayor dificultad para la formación y promoción profesional y, entre otras muchas situaciones de desigualdad material, una mayor vulnerabilidad en la pérdida del empleo”¹¹³⁰.

Por su parte, en fecha precedente, el alto Foro del Ecuador, al examinar un conflicto de discriminación laboral por razón de género, dispuso de forma convincente y atinada:

“El principio de libertad de empresa no resulta suficiente para justificar una excepción al principio de igualdad cuando de acceso o desarrollo de actividades laborales se trata; por el contrario, la solución obligará a considerar el otro principio involucrado: la igualdad, específicamente la igualdad en razón del género”¹¹³¹.

Respecto de la cuestión género como criterio de selección de empleo, la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera inequívoca sobre los criterios de justicia que deben primar para la selección y exclusión, al expresar:

“El género como factor de selección de ingreso o desarrollo de actividades laborales es un criterio que debe estar acorde con la Constitución y demás normas que integran el sistema jurídico. Las limitaciones de ingreso y permanencia en una institución por razones de género deben contar con una base conceptual razonable, necesaria y esencial desde el punto de vista objetivo,

¹¹²⁹ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2016.

¹¹³⁰ *Idem.*

¹¹³¹ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 292-16-SEP-CC, Caso 0734-13-EP, de fecha 7 de septiembre de 2016.

Capítulo V. La incorporación del principio de no discriminación en el moderno derecho de contratos. Especial referencia al ordenamiento jurídico ecuatoriano

de manera que no sean la manifestación implícita de prejuicios contrarios al principio de igualdad dentro del Estado constitucional”¹¹³².

Respecto a la protección de la mujer embarazada en el ámbito de las relaciones laborales, se ha pronunciado la Corte cuando refiere:

“En el contexto laboral, (...) a pesar de tener varias similitudes con el resto de las trabajadoras y trabajadores, la condición del embarazo, en tanto un estado de desventaja y de necesidad de protección, es un elemento relevante que demanda un trato diferente. Es por ello que la Constitución reconoce que las mujeres embarazadas requieren un trato prioritario y especializado en el ámbito público y privado. Por lo tanto, el trato diferenciado a este grupo humano es un imperativo nacido del principio de igualdad material”¹¹³³.

En este mismo orden, en importante fallo de 2017, ha reconocido la necesidad de que la protección de la mujer embarazada implique un conjunto de acciones positivas, traducidas en políticas a cargo del Estado, disponiendo que el ente político público está:

“Obligado a instaurar medidas necesarias que neutralicen cualquier tipo de efecto negativo que el embarazo pueda ocasionar en sus derechos, siendo la más importante carga a ser neutralizada, el reafirmar la posición de desigualdad en la que las mujeres han sido colocadas en la sociedad. (...) nuestra Constitución ha estructurado una serie de derechos y principios que buscan asegurar en la mayor medida el bienestar de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, por lo cual son ubicadas dentro de los grupos de atención prioritaria y se establecen como principales componentes del derecho al trabajo a ser protegidos durante el embarazo, la estabilidad y el acceso, todo esto con el objetivo de evitar tratos que pongan a las mujeres embarazadas que trabajan en desventaja frente al resto de la sociedad, es decir, con el fin de garantizar la igualdad material”¹¹³⁴.

Del criterio jurisprudencial antes recreado, puede establecerse que las mujeres embarazadas se reconocen como un grupo de atención prioritaria. Por ello, es obligación del Estado establecer medidas de acción positiva que eviten que sean discriminadas en el acceso al empleo o desempeño laboral debido a su condición. La decisión del empleador de no renovar el contrato de servicios de una mujer embarazada o en período de lactancia, agrava su situación de vulnerabilidad, ya que el sustento depende de su trabajo, lo que constituye una violación de su derecho a no ser discriminada.

¹¹³² *Idem*.

¹¹³³ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 309-16-SEPCC, Caso 1927-11-EP, de fecha 21 de septiembre de 2016.

¹¹³⁴ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 072-17-SEP-CC, Caso 1587-15-EP, de fecha 15 de marzo de 2017.

Del análisis de las sentencias dictadas por el máximo órgano jurisprudencial se establece que las mujeres embarazadas se encuentran en una condición de exclusión laboral, fundado en la discriminación ante aquellas circunstancias que van aparejadas a su embarazo, como el parto o la lactancia natural, identificados por los empleadores como factores diferenciales que afectan exclusivamente a la mujer.

La igualdad empleada en los criterios de selección debe ser aplicada sin distinción salvo que “si existiesen categorías paritarias o similares, se debe tratar de incorporar a los sujetos en idénticas condiciones o igualitarias, pero si se tratase de categorías diferentes se justificaría un trato desigual”¹¹³⁵.

Del criterio analizado se deduce que, aun cuando se refleja la existencia de una igualdad legal y protección jurídica antes los supuestos discriminatorios a través de cuerpos normativos como la Constitución, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, así como leyes laborales, públicas y privadas, existe una desigualdad de hecho que afecta el desarrollo diario de la vida laboral y excluye, limita y menoscaba el desarrollo adecuado de los derechos de los sujetos discriminados.

De los pronunciamientos de la Corte Constitucional pueden extraerse las siguientes pautas, que, en gran medida, servirán de cauce para ser aplicadas a las relaciones laborales contraídas tanto entre los particulares y el Estado, como en las relaciones puramente privadas.

En tal sentido, los empleadores, ya sean públicos o privados, no podrán iniciar o dar por terminada una relación laboral en la que la otra parte se encuentre en una de las posibles situaciones de discriminación reconocidas por la Constitución en el artículo 11, apartado 2, pues en ese caso, tanto la contratación como el despido, se constituiría en un acto discriminatorio que coloca a la víctima en una situación de extrema vulnerabilidad, al no poder optar en iguales condiciones por

¹¹³⁵ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No.019-16-SIN-CC, Caso 0090-15-IN, de fecha 22 de marzo de 2016.

una plaza; o si es despedida, no contar con los medios necesarios para afrontar las necesidades mínimas que le permitan mantener una vida digna.

La protección laboral de las personas cuando se encuentren en una de las situaciones mencionadas debe constituir una prioridad en la aplicación de las políticas de los entes públicos y privados. De igual forma, el principio de igualdad de trato y oportunidades debe primar en la configuración de cualquier tipo de relación laboral, pues ninguna razón sería justificada ante la existencia de un trato discriminatorio cuando se vulnera el principio de igualdad.

La discriminación en el ámbito laboral se establece como una de las más comunes, por ello, a continuación, se analizan algunos de los casos más representativos presentados ante la Corte Constitucional de Ecuador.

a) La discriminación por razones de salud, el típico caso del VIH, su manifestación en el ámbito laboral

La Corte Constitucional de Ecuador conoció de la acción de protección presentada contra una sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas en el año 2011 mediante la Sentencia No. 080-13-SEP-CC¹¹³⁶. En el recurso, el accionante refirió la existencia de discriminación por parte de empleadores de su servidora, la Municipalidad del Cantón Samborondón, debido a su condición de portador de VIH/SIDA.

Al respecto, la Corte determinó que la enfermedad de VIH/SIDA se encuentra dentro de las categorías sospechosas, al ser estos criterios utilizados por el Estado y los particulares para realizar diferencias que nunca se justificarían, y que son empleadas para realizar tratos diferenciales a ciertos grupos o sectores vulnerables dentro de los que se encuentran las personas con VIH. De acuerdo a este criterio, estas distinciones resultan inconstitucionales, solo las justificaciones razonables eximirían de la clasificación de estos supuestos como discriminatorios.

¹¹³⁶ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2013.

Al alegar la contraparte que el accionante presenta un trabajo deficiente, no se considera su condición de enfermedad, violando con su despido la estabilidad laboral que le es atribuida a estas personas como parte de su protección jurídica. Queda claro para la Corte, que bajo ningún concepto el empleador podrá justificar el despido en el rendimiento de las actividades laborales de la persona enferma con VIH/SIDA. El pronunciamiento final de la Corte Constitucional establece con lugar la acción de protección, declarando la vulneración del derecho al trabajo y no discriminación.

Como garantía de que no se repita este tipo de discriminación, la Corte Constitucional ecuatoriana dispone reglas jurisprudenciales con efecto *inter pari* o *inter comunis*: las personas con VIH/SIDA gozan de una estabilidad laboral reforzada, la que le otorga una protección especial en el ámbito laboral; el despido de estas personas se presumen como violatoria de derechos constitucionales y en ningún supuesto el empleador podrá dar por terminada la relación laboral bajo el argumento de inferior rendimiento del trabajador con VIH/SIDA.

b) El acoso como manifestación de la discriminación a las mujeres, su expresión en el ámbito laboral

Mediante la Sentencia No. 292-16-SEP-CC¹¹³⁷, la Corte Constitucional ecuatoriana declaró la violación de derechos constitucionales en el despido de una trabajadora del cuerpo de bomberos municipal de Archidona por su negativa de acceder a los “favores sexuales” que le solicitaba su jefe, quien también la denigraba moralmente, haciendo insinuaciones respecto de su comportamiento sexual, lo cual fue probado en la respectiva causa penal.

La Corte analizó el caso y señaló que el despido de una mujer se encuadra dentro de las categorías sospechosas que implican un actuar discriminatorio. En el fundamento de la sentencia se alega que “el sexo se configura en los diversos ordenamientos jurídicos como una categoría sospechosa, en el sentido que toda

¹¹³⁷ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 292-16-SEP-CC, Caso No. 0734-13-EP, de fecha 7 de diciembre de 2016.

diferencia de trato que se base en ella, se ve sometida a un análisis estricto, es decir, un análisis que exige un nivel muy alto de justificación”¹¹³⁸.

Del proceso jurisprudencial se infiere que la igualdad formal entre los sexos se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, la igualdad sustancial aún no se alcanza. Así lo demuestra la subsistencia de realidades sociales desiguales como la que es atendida en la sentencia comentada. Tal y como se refleja:

“El (...) no ser discriminado es uno de los derechos generalmente vulnerados por¹¹³⁹ las mujeres en el ámbito laboral, dada la existencia de una percepción social generalizada de estereotipos, que se caracteriza por el desprestigio considerable y sostenido de las concepciones acerca de la mujer”¹¹⁴⁰.

La existencia de los estereotipos y la asignación de determinados roles, como el trabajo doméstico, ocasionan un efecto negativo en las posibilidades de acceso de las mujeres al empleo. Generalmente, el empleador asume que, si contrata a una mujer, su trabajo se verá afectado debido a la atención que le debe prestar a sus hijos, el hogar o por su condición de sexo débil. En tal sentido, la Corte Constitucional ha dejado claro:

“que un empleador no puede dar por terminada una relación laboral con una empleada, expresando que el Cuerpo de Bomberos “es una institución solamente para hombres” y sin motivar su decisión, pues ello sería un acto abiertamente discriminatorio prohibido por la Constitución, y colocaría a la mujer desempleada en una situación de vulnerabilidad de no poder desarrollar su vida profesional y familiar de manera adecuada, al no contar con los medios suficientes que le permitan procurarse ingresos dignos que le aseguren una vida digna”¹¹⁴¹.

A lo largo de la historia puede observarse que la discriminación de la mujer en el aspecto laboral se recubre con argumentaciones sutiles que pretenden justificar razonablemente su separación de numerosos trabajos a fin de lograr una supuesta protección del sexo femenino. De esta forma, si bien no se reconoce una estabilidad laboral reforzada para las mujeres, si esclarece que su género no podrá ser causa de acciones de discriminación como la violación de su

¹¹³⁸ *Idem*, p. 20.

¹¹³⁹ Evidente error taquigráfico en la sentencia, pues la preposición “a” es la que debe ir en lugar de “por”, que es la que está en la sentencia originalmente publicada.

¹¹⁴⁰ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 292-16-SEP-CC, Caso No. 0734-13-EP, de fecha 7 de diciembre de 2016.

¹¹⁴¹ *Ibidem*, p. 40.

derecho al trabajo mediante el despido. La decisión final de la Corte es reconocer la acción de protección y declarar la existencia de vulneración de derechos constitucionales y dentro de ellos, el principio de no discriminación.

c) El embarazo como causal de discriminación en el ámbito laboral

Se trata de un caso en el que la señora Karen Gabriela MARTÍNEZ AGREDA presentó ante la Corte Constitucional de Ecuador acción de protección en contra de la sentencia dictada el 26 de julio de 2016, por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí. En la sentencia, se dispuso que la accionante fuera destituida de su cargo de agente de tránsito civil, vulnerando sus derechos constitucionales, ya que al momento en que se dio inicio al sumario en su contra, se encontraba en estado de gravidez y riesgo de aborto. El actuar generó una situación discriminatoria, pues no se tomó en cuenta el estado de embarazo en que se encontraba la accionante al momento de la destitución, y tampoco se consideró lo previsto en el artículo 43 de la Constitución de la República que garantiza a las mujeres embarazadas el derecho a no ser discriminadas en los ámbitos educativo, social y laboral.

En el caso, el más alto Foro del Ecuador mediante la Sentencia No. 223-18-SEP-CC¹¹⁴², refirió que la accionante se encuentra dentro del grupo de atención prioritaria que goza de una estabilidad laboral reforzada. Por tanto, no podía haber sido sancionada con la destitución de su cargo, a través de un sumario administrativo. Al considerar la existencia de derechos constitucionales vulnerados dentro de los que se encuentran el derecho al trabajo y no discriminación, la Corte decidió dejar sin efecto la sentencia dictada el 26 de julio de 2016, por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, ordenando el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el período en el que la accionante se encontraba separada de su cargo.

De los casos analizados puede resaltarse que la Corte Constitucional mantiene una posición similar cuando señala que en materia laboral deberá primar la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, promoción, capacitación,

¹¹⁴² Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 223-18-SEP-CC, Caso No. 1830-16-EP, de fecha 20 de junio de 2018.

determinación de la remuneración, despido, entre otros. Por ende, bajo ningún supuesto se justifica el empleo de criterios de selección dirigidos a limitar, menoscabar o negar los derechos de aquellas personas que por sus características individuales puedan ser discriminadas.

De acuerdo a los criterios jurisprudenciales desarrollados, existen supuestos de diferenciación que se estructuran dentro de las llamadas categorías sospechosas, dentro de ellas se establecen la condición de VIH/SIDA, discapacidad, embarazo, entre otras. Por estas razones, le corresponde al Estado un papel activo en la eliminación de los supuestos discriminatorios, pues como se puede apreciar, el solo reconocimiento legal no es garantía para que no ocurran desigualdades y violaciones del principio de no discriminación en la esfera laboral.

**d) Un ejemplo de discriminación laboral originado en la discapacidad.
Respuesta jurisprudencial**

Se presentó ante la Corte Constitucional ecuatoriana una acción de protección en la que se impugna una sentencia de fecha 14 de marzo de 2014 otorgada por la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Pastaza. En los fundamentos del caso, la accionante, Zurkaya Elizabeth ROBALINO, alegó que presentaba una discapacidad del 50 % probada mediante su certificado del Consejo Nacional para la igualdad de discapacidades (CONADIS).

A pesar de su alegato, fue despedida de su trabajo en el que se le encargaban tareas ajenas a sus funciones laborales, las que le resultaban imposibles de cumplir debido a su condición. Cuestión que terminó siendo el motivo de su despido, del que fue notificada el 27 de enero de 2013.

La accionante indicó que se le distinguió del resto de sus compañeros, discriminándola en varias ocasiones y lacerando sus derechos constitucionales, más allá de la esfera contractual o laboral. Refirió, además, que su jefa le asignó una tarea imposible de cumplir para alguien de su condición, al solicitarle que un plazo de un mes y tres días organizara el archivo correspondiente a los años 1960 al 2013, tarea que no cumplió y por lo cual recibió varias amonestaciones.

Los demandados exponen que la entidad accionada respetó el derecho de estabilidad laboral de las personas con discapacidad y simplemente procedió a dar por terminada la relación, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos para estos casos, por lo que aludieron la inexistencia de discriminación, ni vulneración de derechos constitucionales.

La Corte Constitucional ecuatoriana valoró el caso y estimó mediante la Sentencia No. 004-18-SEP-CC¹¹⁴³, que en los casos en los que el trabajador presente alguna discapacidad, el empleador deberá respetar el plazo establecido en el contrato. Por tanto,

“Para garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales de las personas con discapacidad, las entidades públicas están facultadas para dar por terminada la relación laboral de manera unilateral, cuando existan razones previamente establecidas en la ley y el reglamento pertinente que así lo justifiquen; por lo tanto, deberán, en todos los casos, respetar el plazo de duración establecido en los contratos”¹¹⁴⁴.

De acuerdo con el análisis realizado por el Alto Foro, las personas discapacitadas pertenecen a las categorías sospechosas en relación con la protección de actos de discriminación. Al respecto, la Corte estableció que los fundamentos presentados por la contraparte en relación a que la condición ocasional del contrato justifica el despido no proceden, pues claramente se pudo deducir que al perdurar por más de tres años la relación de trabajo de forma ininterrumpida, se desnaturaliza esta modalidad contractual.

La resolución del proceso reconoce el régimen de protección especial a la que se encuentra sometida la accionante debido a su discapacidad, estableciéndose que la contraparte debió considerar esta condición y el hecho de que el contrato ocasional se encuentra desnaturalizado, al ser mantenido por más de tres años de forma ininterrumpida.

Con la notificación del despido de la accionante se vulnera su derecho al trabajo reconocido en la Constitución ecuatoriana. Como parte de las medidas de restitución, la Corte declara la difusión de la sentencia y la investigación,

¹¹⁴³ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No.004-18-SEP-CC, Caso 06664-14-EP, de fecha 3 de enero de 2018.

¹¹⁴⁴ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 004-18-SEP-CC, Caso 0664-14-EP, de fecha 3 de enero de 2018.

determinación de responsabilidades y sanciones correspondientes. Se estipula la incorporación de la accionante a su puesto de trabajo bajo la modalidad de contrato ocasional hasta que la administración realice, en el menor tiempo posible, el concurso de méritos y oposición.

Finalmente, puede concluirse que en el ámbito laboral se producen con mucha frecuencia las manifestaciones discriminatorias, las que normalmente se presentan en una multiplicidad y no de forma aislada o singular. No obstante, en un examen del mercado laboral ecuatoriano, resultan evidentes los cambios producidos en su dinámica, ajustándose a nuevos parámetros de inclusión social reflejados en la prohibición de aplicación de criterios de selección discriminatorios, así como el despido de una persona por portar una enfermedad, la limitación o negativa de acceso al empleo por razón de género, identidad sexual, edad, lugar de nacimiento, discapacidad, entre otros.

No obstante, resulta imprescindible el papel proactivo del Estado ecuatoriano en la promoción y realización concreta de políticas públicas y el fomento de medidas positivas que aseguren la inclusión de las personas en situación de vulnerabilidad. Además, es indispensable la promulgación de normas jurídicas con enfoques más integrales acerca de los supuestos de discriminación.

5.4. La protección del Derecho antidiscriminatorio desde el Derecho de Contratos

El derecho a no sufrir discriminación por parte de los poderes públicos forma parte de la dinámica jurídica del mundo moderno, dando paso al ulterior surgimiento del Derecho antidiscriminatorio, en el que se han desarrollado técnicas e instrumentos legislativos destinados a la protección de los ciudadanos ante acciones discriminatorias provenientes del aparato estatal. Por su parte, la incidencia de este derecho en las relaciones entre particulares resulta un tópico más polémico, tomando como partida su alcance y extensión.

Esta situación compleja inicia en el carácter transversal del derecho a no discriminar, toda vez que siempre ha existido la inquietud de saber la medida y la posibilidad de que se reconozca la prohibición de discriminar en las relaciones

jurídico-privadas. Es decir, si esta se extiende al conjunto del ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, afecta exclusiva o determinadamente al ámbito de las relaciones entre los ciudadanos y el poder público.

Por estas razones, aun este tema no constituye un debate zanjado. Más bien resulta en la actualidad escueto o nulo, sin soslayar la existencia de determinadas legislaciones en la Unión Europea que apuntan, cada vez más, a su aplicabilidad en las relaciones privadas. Lo cierto es que, ante estas conductas discriminatorias, la práctica jurídica señala que son los propios agraviados los que deben tomar la determinación de hacer prosperar sus casos ante a los tribunales, dejando fuera una política legislativa más coercitiva en tal aspecto.

El planteamiento de la aplicabilidad del principio de no discriminación alcanza las relaciones negociales civiles. Un espacio en el que están en juego la autonomía de la voluntad, la igualdad, la libertad, así como los intereses personales y patrimoniales de los sujetos que en ellas intervienen. En este sentido, afirma GARCÍA RUBIO:

“(...) El alcance de este principio hace ya tiempo que ha dejado de estar circunscrito al contexto laboral para afectar al ordenamiento en su conjunto, incluyendo por supuesto su dimensión constitucional, pero sin que de ningún modo los sectores del Derecho privado puedan quedar al margen (...)”¹¹⁴⁵

Si analizamos desde una simple mirada la relación jurídica contractual, cargada de grandes matices de libertad de sus contratantes, se afirma que su basamento es la autonomía privada. Por ende, podríamos asegurar que sería imposible advertir manifestaciones discriminatorias, si claramente este principio de libertad de contratación le permite al sujeto decidir cómo y con quien contratar, tomando en cuenta sus intereses privados, siempre que no trasgreda los límites establecidos.

¹¹⁴⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, “La discriminación por razón de sexo en la contratación privada”, en López De La Cruz/Otero Crespo (coords.)/García Rubio/Valpuesta Fernández (dirs.), El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1074 y 1075.

Pero al mismo tiempo es importante analizar la relación de este principio con el de libertad contractual, y la igualdad como colofón de la justicia igualitaria en las relaciones contractuales. De ahí que los acuerdos privados de esta naturaleza estén vinculados a la igualdad, para salvaguardar la equidad de los contratantes antes que la libertad de las partes, o por encima de ella.

Como institución de carácter privado, el contrato presupone que los sujetos que en él intervienen se encuentran en paridad jurídica, aunque, en ocasiones, estén en situación de disparidad económica en virtud de la diferente fuerza que cada uno de ellos tenga. Razón por la que pudiéramos pensar que al igual que lo constituye el orden público, la seguridad jurídica limita la aplicación a ultranza de la libertad contractual, y en este caso pudiera, al mismo tiempo, erigirse el principio de no discriminación como otro componente limitativo.

Ante esta problemática, traemos a colación las interrogantes que según PENIDO MARTINS se suscitan en este caso ¿Pueden los particulares, en el ejercicio de su autonomía privada y libertad contractual, elegir libremente a su contraparte y definir el contenido del contrato, inclusive para conferir tratamientos diferenciados? ¿están los particulares vinculados a respetar el derecho fundamental a la igualdad, estando prohibida cualquier forma de discriminación en el ámbito de sus relaciones privadas? ¿Existe un margen de libertad que asegure a los particulares, en el ejercicio de su autonomía privada, la posibilidad de promover tratamientos diferenciados? ¿Pueden los particulares rechazar la celebración de negocios jurídicos en razón de criterios como la raza, el sexo, la edad, la orientación religiosa, la orientación sexual, o cualquier otro criterio diferenciador?¹¹⁴⁶.

A partir de estas inquietudes doctrinales, nacen construcciones teóricas que se han desarrollado durante las últimas décadas en el intento por formular propuestas adecuadas, capaces de conciliar y romper con la fragmentación de la libertad y la igualdad. Además de la correspondiente prohibición de prácticas discriminatorias, se impone la necesidad de dotar de seguridad jurídica a estas relaciones privadas mediante la protección de la autonomía privada y la libertad

¹¹⁴⁶ PUNIDO MARTINS, Thiago, "Eficácia do princípio da igualdade...", *cit.*, p. 113

contractual, corolarios del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

El tema en cuestión resulta controvertido, tanto en su desarrollo teórico como legislativo, pues el reconocimiento de la absoluta efectividad del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, con el deseo de frenar todo trato diferenciado, podría, además de causar una restricción excesiva a su autonomía privada, privarlas del derecho a ejercer su libertad contractual y otros derechos fundamentales. Por lo que su estudio se debe realizar desde la perspectiva de los elementos que frenan la directa aplicabilidad del principio constitucional de igualdad y el Derecho antidiscriminatorio en las relaciones contractuales, así como la esencia misma de las manifestaciones discriminatorias en este campo, y la correspondiente protección y respuesta que desde el Derecho de Contratos se le debe ofrecer.

Cabe señalar así, que una parte de la doctrina¹¹⁴⁷ coincide en que el principio de igualdad no operaría directamente como límite a la autonomía de la voluntad en el Derecho privado. La vinculación al principio de igualdad sólo puede imponerse de forma mediata por el legislador, pues constituye un mandato que emana de los poderes públicos. Por ello, ha dicho el Tribunal Constitucional de España:

“en el ámbito de las relaciones privadas... los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual¹¹⁴⁸”.

¹¹⁴⁷ Un resumen de las diversas aportaciones doctrinales puede verse en BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales...* cit., pp. 360-380 y 395-436; y BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTINEZ, Fernando, “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, en *la Constitución y la práctica del Derecho* (Aragón Reyes, M. y Martínez-Simancas, J (Dir.), tomo I, Madrid, Aranzadi/BCH, 1998, pp. 243-339; SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Edit. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pp. 372 y 373.

¹¹⁴⁸ El Tribunal Constitucional de España se ha pronunciado en ese sentido al expresar: “en el ámbito de las relaciones privadas... los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual”. *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencia 177/1988, 10 de octubre de 1988, de febrero de 1984 (BOE núm. 266, de 05 de noviembre de 1988).

De acuerdo con este planteamiento, la obligación de respetar el principio constitucional de igualdad se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, en cuyo caso, la autonomía se limita solo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional. Independientemente de estos casos, una situación de desigualdad de hecho que no sea rígidamente imputable a una norma, sólo tendrá relevancia jurídica si se demuestra que existe, en la Constitución, o en una norma de rango inferior, un principio jurídico del que se derive la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados¹¹⁴⁹.

En este mismo sentido, se sostiene que la igualdad como valor constituye un fin último en el tráfico privado y no puede ser, por tanto, la referencia última del juicio de ilicitud¹¹⁵⁰. Las diferencias de trato que tienen su origen en decisiones tomadas por sujetos privados no son ilícitas en sí mismas. Solo se calificarán como tales aquellas que, por su trascendencia social u otras razones, impliquen, además, una violación de otros valores constitucionales sustantivos, resaltando la libertad o la dignidad de una de las partes.

En líneas generales, se rechaza en ocasiones, la vigencia del principio de igualdad en la esfera de las relaciones privadas, en cuanto a la prohibición de arbitrariedad o imperativo de razonabilidad en el comportamiento del particular¹¹⁵¹. De esta manera, no se debe imponer de forma estricta a las personas que traten a los demás en condiciones de igualdad en sus relaciones recíprocas, obligándoles a justificar de forma objetiva cualquier desviación de esa regla, como por ejemplo, su decisión de no contratar con una persona

¹¹⁴⁹ Y ello porque, como ha explicado BERCOVITZ, “es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone en testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera, se ejercen los derechos frente a quien uno quiera». Vid. RODRÍGUEZ- CANO, RODRIGO BERCOVITZ, “Principio de igualdad y Derecho privado”, en *Anuario de Derecho Civil*, No. 2, 1990, pp. 424 y 425.

¹¹⁵⁰ CARRASCO PERERA, Angel, “El principio de no discriminación por razón de sexo”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, No. 11-12, 1991, pp.10-14.

¹¹⁵¹ Un resumen de las diversas aportaciones doctrinales puede verse en BILBAO UBILLOS, Juan María, “La eficacia de los derechos fundamentales... *cit.*”, pp. 60-380; y BILBAO UBILLOS, Juan María y Fernando REY MARTÍNEZ, “Veinte años de jurisprudencia...” *cit.*, pp. 243-339.

cuando lo ha hecho con otras en idénticas circunstancias)¹¹⁵². En este caso, sería loable que el ordenamiento jurídico permita un espacio de espontaneidad y hasta de arbitrariedad. Este punto de vista encuentra respaldo en las ideas expuestas por BILBAO UBILLOS:

“Porque existe una esfera de actuación puramente privada, un reducto de vida auténticamente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en el que los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar las personas con las que van a relacionarse, libres de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, en general, de una manera que le está vedada al Estado (...)”¹¹⁵³.

Lo anteriormente expresado tiene una traducción en las relaciones jurídicas contractuales. Espacio donde se debe garantizar al contratante cierto margen de discrecionalidad para ejercer o no la libertad de contratación, elegir el otro sujeto contractual, y definir la forma y contenido del contrato para proteger su autonomía privada, y garantizarle la posibilidad de desarrollar libremente su personalidad, según sus intereses y necesidades.

El hecho de exigir que los particulares, en el ejercicio de la autonomía privada y la libertad de contratar, deban otorgar idéntico trato a los demás, o que justifiquen los tratamientos diferenciados realizados, constituiría una restricción excesiva e indebida, representaría la imposición de un deber positivo, y limitaría la posibilidad de construir sus proyectos de vida de acuerdo con sus sentimientos, inclinaciones personales y concepciones¹¹⁵⁴.

En este supuesto, el análisis de la licitud de la negativa a contratar o el diferente trato en las relaciones jurídicas entre individuos, en muchos casos, no se

¹¹⁵² Por ejemplo, en un restaurante se admite la entrada de todas las personas que puedan pagar la carta, y que además mantengan una conducta respetuosa de acuerdo a los parámetros de respeto y comportamiento adecuado. El dueño del restaurante solo podría impedir el ingreso de las personas que no quieran o no puedan pagar el precio de la carta, o que, no mantengan una conducta adecuada. En ese caso, se considera razonable que impida el acceso de estas personas, y, por ende, ese impedimento no constituiría un acto discriminatorio que atenta contra la igualdad. No obstante, si en el mismo escenario, prohíbe la entrada de personas de tes negra o indígenas, en ese caso, como la prohibición no es un criterio racional con respecto al servicio ofrecido, se consideraría un criterio prohibido por irrazonable y, por ende, incompatible con la igualdad ante la ley.

¹¹⁵³ BILBAO UBILLO, Juan María, “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares...”, *cit.*, p.148.

¹¹⁵⁴ PUNIDO MARTINS, Thiago, “Eficácia do princípio da igualdade ...”, *cit.*, p. 116.

limitarán a la confrontación entre el principio de igualdad ante la autonomía privada y la libertad de contratación. La efectividad del principio de igualdad y la prohibición de discriminación frente a la autonomía privada dependerá, por tanto, de las especificidades de la relación jurídica privada; de los derechos fundamentales en conflicto; los bienes constitucionales cuyo tratamiento diferenciado estaba restringido; de circunstancias de hecho y de derecho; del grado de simetría entre las partes; la autenticidad de la voluntad de los contratantes; la trascendencia o repercusión social de la diferenciación; y el análisis del posible efecto sobre la dignidad de la persona discriminada¹¹⁵⁵. Serán estos criterios los que deben tenerse en cuenta para orientar y establecer las pautas que permitan reducir el subjetivismo de las decisiones de los jueces, cuidando de no afectar la autonomía privada por esa intervención judicial en las relaciones jurídicas contractuales entre sujetos privados.

Además de los criterios esgrimidos, cabe señalar que, en determinadas relaciones jurídicas privadas, por sus particularidades, la efectividad del principio de igualdad se reducirá de forma natural, como ocurre en las relaciones asociativas, familiares, sucesorias, así como aquellos en los que predominan aspectos relacionados con la intimidad, la confianza y las creencias religiosas. Serán en este caso las relaciones jurídicas donde, además de proteger la autonomía privada y la libertad contractual, sea necesario proteger el núcleo de otros derechos fundamentales que entran en conflicto directamente con el principio de igualdad¹¹⁵⁶.

Ahora bien, el núcleo fundamental del debate no sólo se encuentra en el nexo conflictual entre libertad contractual, derivado de la autonomía privada, e igualdad como principio y derecho constitucional, sino que abarca la correspondiente ponderación de los mismos ante la existencia de determinadas conductas en el *íter* contractual que representen un trato diferenciado entre las partes. En este caso, ¿cómo se tipificaría entonces la conducta discriminatoria en la esfera contractual?

¹¹⁵⁵ *Ídem*.

¹¹⁵⁶ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, "La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados...", *cit.*, p. 175.

La corriente doctrinal dedicada a su estudio, en la que resaltan los esfuerzos de varios autores¹¹⁵⁷, no ha ofrecido una conceptualización acabada que permita tipificar esta conducta de forma exacta. Lo cierto es que, en sus aportes, se define que la conducta discriminatoria en las relaciones contractuales se configura precisamente mediante el trato diferenciado y el rechazo a uno de los contratantes sin justa causa, cuando es contraria al principio de igualdad de trato constitucionalmente establecido.

Cuando se alude a la efectividad de la igualdad y la prohibición de discriminación en las relaciones jurídicas privadas, se evidencia mayor precisión de los elementos característicos de las conductas discriminatorias en el contrato y algunos tratamientos diferenciados usualmente prohibidos. Para hablar de discriminación, deben estar presentes en el vínculo jurídico contractual tratamientos diferenciados que influyan de forma relevante en la dignidad de la persona; y que además provoquen su estigmatización.

Estos tratamientos diferenciados se basan en características inmodificables, que históricamente se utilizan para reducir o minimizar la condición de las personas, como la raza y el origen étnico, por solo citar dos ejemplos. Desde esta perspectiva, deben rechazarse los tratamientos que se basen en estereotipos o convenciones sociales, contruidos irracionalmente en detrimento de una determinada categoría de personas que dan lugar a una discriminación caprichosa o racionalmente injustificada¹¹⁵⁸.

Siguiendo estas ideas, deben considerarse ilícitos los tratamientos diferenciadores caprichosos, sin justificación, cuyo fin sea únicamente reducir a la persona, colocarla en una situación humillante, irritante, o degradante. Esto no significa que el individuo deba justificar todas sus elecciones o comportamientos,

¹¹⁵⁷ GARCÍA RUBIO, María Paz, "La discriminación por razón de sexo en la contratación privada...", *cit.*, pp. 1073-1120; INFANTE RUIZ, Francisco José, Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, en *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Carolina MESA MARRERO (dir.), y María del Carmen GRAU PINEDA (coord.), editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2014; pp. 191-250; AGUILERA RULL, Ariadna, *Contratación y diferencia... cit.*, p. 381; BILBAO UBILLOS, Juan maría, "Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares...", *cit.*, pp. 147-189; PUNIDO MARTINS, Thiago, "Eficácia do princípio...", *cit.*, pp. 109-140; CARRASCO PERERA, Angel, "El principio de no discriminación... *cit.*, pp. 9-38; DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, "La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados...", pp. 149-186.

¹¹⁵⁸ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, "La prohibición de una discriminación...", *cit.*, p. 174.

porque la libertad contractual también está protegida por el ordenamiento jurídico, pero no se deben tolerar elecciones o comportamientos en el contrato cuando estos estén desvinculados del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales. Con independencia de que existan tratamientos diferenciados lícitos, estos no pueden estar motivados en la raza, el sexo, las creencias religiosas o el origen étnico. Por tal razón, esos tratamientos diferenciados lícitos podrán ser practicados ocasionalmente siempre que no tengan repercusión ni trascendencia social negativa sobre el individuo.

De esta forma, puede considerarse que los comportamientos discriminatorios tienen lugar en el contrato a partir de conductas que rompen con la dinámica de la igualdad de trato entre los contratantes. Ya sea en el momento de su elección, al imponer estándares basados en estereotipos sociales, o en la inclusión de cláusulas que integren el contenido del contrato, y que rompan con la propia dinámica de la igualdad, convirtiéndose la libertad para elegir el contratante, en uno de los mayores espacios de discriminación en las relaciones contractuales¹¹⁵⁹.

Para que la elección de la otra parte contratante se considere una conducta discriminatoria, debe estar determinada única y exclusivamente por la condición personal del sujeto con el que se celebre el contrato. Lo que no resulta óbice para que las normas impidan la realización de los negocios personalísimos, en los que la elección de la contraparte es esencial para la configuración misma de la relación negocial (un típico ejemplo sería el contrato de donación)¹¹⁶⁰.

Aquí, el punto de partida no es la confrontación del derecho a decidir con total libertad con quién contratar y bajo qué contenido; sino que debe partirse de una libertad que sea compatible con la revisión del contenido del contrato en casos de desequilibrio negocial, así como con la existencia de una obligación de contratación en casos de fracaso del mercado. Esta evolución matiza la colisión entre la libertad de contratación y el derecho a no ser discriminado.

¹¹⁵⁹ LÓPEZ CABANA, Alterini, *La autonomía de la voluntad... cit.*, p. 41.

¹¹⁶⁰ GIMÉNEZ COSTA, Ana, "La negativa a contratar por razón de género en el derecho privado", en *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Carolina MESA MARRERO (Dir.) y María del Carmen GRAU PINEDA (coord.), editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2014, p.133

Sin embargo, la protección frente a las discriminaciones sigue chocando con la libertad de contratación. De allí que pueda afirmarse que la libre decisión de cada particular para determinar con quien quiere contratar, constituye un elemento esencial. Siguiendo este orden, para resolver el conflicto de derechos deberá aplicarse el principio de proporcionalidad, a fin de garantizar que las limitaciones de la libertad de contratación adoptadas por el legislador, para poner fin a la discriminación, no sean excesivas¹¹⁶¹.

Como respaldo del control de la elección contractual discriminatoria, pero solo en el ámbito de la oferta al público, se exigen los presupuestos lógicos para una proyección horizontal del principio de igualdad. En efecto, si en la oferta al público puede operar el juicio comparativo inherente al concepto de disparidad de trato; en la contratación individual, por el contrario, una comparación similar no es posible, o no se justifica. Dicho de otra forma, no se pueden comparar dos regulaciones de intereses individuales, cuando la única conexión entre ellas radica en el campo de los motivos de la elección de su contraparte, o tampoco se puede realizar una comparación de los motivos subyacentes a dos negociaciones: un escenario que la ley no va a indagar, ni siquiera en la hipótesis de ilicitud si esta no recae sobre el contenido o sobre los elementos esenciales del contrato¹¹⁶².

Si confrontamos el anterior argumento con el supuesto de una negociación individual, la parte que se niegue abiertamente a contratar, declarando una razón discriminatoria, revela con ello la comparación virtual entre el tratamiento reservado al contratante discriminado, y aquel que habría sido reservado a los terceros o a la misma contraparte. Por tal razón, si no despliega efectos la particular connotación personal que suscita la discriminación, se hace necesario tener en cuenta la eventual distinción entre la discriminación declarada, en la

¹¹⁶¹JESTAEDT, Matthias, "Diskriminierungsschutz und Privatautonomie", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, VVDStRL, Berlín, 2004, pp. 346–348.

¹¹⁶² NAVARRETA, Enmanuela, "Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato", en *Revista de Derecho Privado*, No. 27, Bogotá, diciembre 2014, p. 137.

cual se haga explícita la comparación virtual, y la discriminación subsistente, pero oculta¹¹⁶³.

En este caso, las diferencias existentes entre la discriminación declarada y oculta tienen como incidencia en el plano probatorio, un tratamiento diferenciado entre la discriminación declarada, considerada por hipótesis como fuente de responsabilidad, y la discriminación no declarada, considerada exenta de la misma. La que resultaría, en el plano sustancial, una solución irrazonable, ya que, en condiciones de igualdad, un tratamiento diferenciado perjudicaría a quien negocia con transparencia, respecto de quien se vale del silencio¹¹⁶⁴.

Aquí entraría en juego una tensión entre estas modalidades de elección contractual discriminatoria. Por una parte, si el silencio sobre los motivos de la elección contractual es legítimo, y la declaración de los motivos de la elección, incluida aquella discriminatoria, es irrelevante respecto al ejercicio de la autonomía contractual; la elección discriminatoria declarada debe estar controlada judicialmente. Pero al existir posibilidades de que el silencio podría ocultarla, tendría que imponerse constantemente una motivación del rechazo.

En otras palabras, para evitar que el silencio oculte la discriminación, se debe solicitar siempre, y desde el principio, la motivación de las propias elecciones contractuales en las relaciones privadas. Ello significa convertir la libertad contractual en el ejercicio de una actividad constantemente sujeta a un control de discrecionalidad, lo que equivale a una alteración conceptual radical de la autonomía, es decir, a su negación.

Ante la imposibilidad de imponer un deber general de motivación de las elecciones contractuales, la eventual declaración, aunque discriminatoria, no es cuestionable respecto al ejercicio de la autonomía contractual, siempre que se siga considerando legítimo el silencio. El otro problema se constituye si la declaración de la elección discriminatoria puede adquirir relevancia como

¹¹⁶³ GENTILI, Aurelio, "Il principio di non discriminazione nei rapporti civili", en *Riv. crit. dir. Priv.*, 2009, p. 222.

¹¹⁶⁴ MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo, "Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile", en *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Morozzo della roCCA (coord.), Napoli, 2002, p. 44, reconoce que sería hipócrita diferenciar la discriminación declarada de la oculta, aunque considera tal hipocresía tolerable en términos de equilibrio de intereses.

expresión del pensamiento ofensivo de la dignidad de la persona, con las respectivas consecuencias en el ámbito de la indemnización.

En otros términos, no se puede generalizar en nombre de la dignidad humana un constante control de las elecciones contractuales, comprendidas aquellas individuales, porque el objetivo de tutelar tales valores, no puede llegar al punto de permitir una interpretación sustancialmente derogatoria de la libertad contractual¹¹⁶⁵.

Por lo expuesto hasta aquí, puede concluirse que, en las diferentes reconstrucciones doctrinales realizadas, es común la referencia a la dignidad humana como principio que no justifica la limitación de la prohibición de discriminación al ámbito en la negociación individual. Elemento que denota la relevancia de la autonomía privada y su capacidad de prevalecer sobre la dignidad en el equilibrio de intereses. En este caso, siempre será necesario aplicar la ponderación de principios y derechos para dirimir sobre hechos atacados por conductas discriminatorias¹¹⁶⁶.

El alcance de la prohibición constitucional significa que la lucha contra la discriminación no debe circunscribirse al ámbito legislativo. Si se parte del convencimiento de que la discriminación es en primer lugar un fenómeno social, antes que jurídico, es evidente que no basta con desterrar la discriminación legal, eliminando cualquier vestigio de discriminación en las normas del ordenamiento estatal. En supuestos como este, no estamos ante episodios aislados de tratamiento desigual, sino ante una práctica sistemática, generalizada, que

¹¹⁶⁵ NAVARRETA, Enmanuela, "Principio de igualdad, principio de no discriminación...", *cit.*, p. 139.

¹¹⁶⁶ En cualquier caso, la solución al conflicto entre el principio de autonomía de la voluntad, libertad contractual y el principio de igualdad o la prohibición de discriminación, se fundamenta en lo que se denomina principio de proporcionalidad o juicio de ponderación, proveniente del derecho constitucional alemán. Éste principio parte de la premisa de que debe adoptarse siempre aquella medida adecuada, necesaria y proporcional para la obtención del fin legítimo propuesto, de manera que una medida no será proporcional si existiera otra medida alternativa que implicara una menor agresión a uno de los bienes jurídicos en conflicto. La aplicación del principio de proporcionalidad en nuestro caso nos llevará a la conclusión de que la parte perjudicada por la negativa a contratar con ella sólo conseguirá una reparación adecuada, necesaria y proporcional al daño sufrido que consista en imponer a la otra parte la obligación de contratar con ella, cuando se cumplan tres condiciones: que no exista alternativa en el mercado, que no se haya celebrado por el discriminador el contrato con un tercero de buena fe y, finalmente, que estén determinados o sea determinables los otros elementos esenciales del contrato. GIMÉNEZ COSTA, Ana, "La negativa a contratar por razón de género...", *cit.*, p.146

muchas veces no viene impuesta por una norma jurídica, sino que es el resultado de un patrón o pauta de conducta social implícita de estereotipos muy arraigados, como el de la inferioridad de la mujer o de ciertas etnias, conductas que se deben combatir desde la esfera social.

En tal sentido, siguiendo el criterio de INFANTE RUIZ¹¹⁶⁷, se considera que las principales manifestaciones en las que se prohíben las conductas discriminatorias en las relaciones contractuales son la contratación en masa, el contrato de seguro privado, y el contrato de arrendamiento de viviendas, en los que además, es rasgo común la predisposición del clausulado. En consonancia con ello, se analizarán los contratos y relaciones que se tienen en cuenta:

- Contratación en masa y contratos asimilables

En este ámbito, se exige que los contratos se realicen en condiciones equivalentes para que puedan aplicarse a una variedad de supuestos, sin consideración a la persona, o en aquellos en los que, la consideración de la persona, según la naturaleza de la relación obligatoria, tenga un significado denigrante para la misma, y se lleve a efecto en condiciones equivalentes aplicables en una variedad de supuestos.

La idea tradicional de contrato no guarda estrecha relación con la contratación en masa. No es posible que la empresa moderna utilice el mecanismo del contrato por negociación para acordar sus relaciones con cada uno de sus eventuales clientes. En la economía moderna, una parte muy importante de lo que se conoce como contratación en masa se desarrolla a través de condiciones uniformes, preestablecidas o predispuestas por una empresa o grupo de empresas que las imponen a sus posibles clientes, al celebrar cada uno de los contratos, sin que exista posibilidad de modificación, ni de discusión.

El fenómeno de la contratación por medio de formularios o mediante cláusulas preestablecidas sitúa normalmente en condiciones de inferioridad al cliente o consumidor, cuyos derechos contractuales se ven recortados o disminuidos, y sus obligaciones aumentadas, ocurriendo por tanto, lo contrario respecto a la

¹¹⁶⁷ INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...", *cit.*, pp. 212-215.

posición de la parte predisponente¹¹⁶⁸. Es necesario acotar que, por condiciones generales del contrato o condiciones generales de la contratación, se entiende el conjunto de reglas de creación unilaterales establecidas por una empresa o grupo de empresas, constitutivas del contenido total o parcial de los contratos que han de celebrarse en el desarrollo de sus actividades, en cuyo caso quedan impuestas al sujeto que no tiene otra opción contractual que aceptarlas o rechazarlas.

Razón por la que la defensa de los usuarios y consumidores frente a las condiciones generales de la contratación es una preocupación constante en casi todos los ordenamientos jurídicos, y aunque los métodos difieran, unas veces se dictan leyes que prohíben con carácter general las condiciones que posean determinados caracteres abstractos (poco equitativas, abusivas, entre otras), y en otras se enumeran casuísticamente, convirtiéndose en una práctica moderna la aplicación de principios para aplicar en torno a la interpretación de estas cláusulas predispuestas¹¹⁶⁹.

Con relación a las características expresadas, resulta evidente que en la contratación en masa se erige la existencia de un desequilibrio negocial entre el profesional y el consumidor. Elemento que difiere cuando los particulares contratan entre sí, extremo que justificaría la mayor protección del consumidor, y la consiguiente limitación de la autonomía de la voluntad del oferente profesional, pues la posición de fuerza le permitiría a dicho oferente imponerle al consumidor ciertas condiciones, entre las que podría contarse la aceptación de un trato discriminatorio.

El desequilibrio de fuerzas podría desembocar en una situación de dependencia de la víctima de la discriminación respecto del discriminador, por la necesidad del mismo de consumir el producto o el servicio ofrecido; dependencia que no proviene de la naturaleza profesional del oferente, lo que resulta decisivo a efectos de determinar si se trata de un profesional monopolista. En tal caso, este último sí puede negarse a contratar con alguien por motivos discriminatorios o

¹¹⁶⁸ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial... cit.*, p.131.

¹¹⁶⁹ *Idem.* p. 367.

puede estar tan sólo dispuesto a contratar con determinadas personas, imponiéndoles peores condiciones. La situación de monopolio del profesional deja al consumidor desprovisto del instrumento de defensa que le otorga el mercado, la falta de alternativas podría incluso hacer peligrar la libertad de contratación del consumidor si el oferente monopolista se negara a contratar con él.

Un aspecto importante a considerar resulta de la esencia que tiene esta protección de los más débiles en la contratación en masa, y su importante camino para dar respuestas a la discriminación que pudiera estar presente en este tipo de negocios. Sin embargo, esta marcada relación no es óbice para entender que la discriminación y los desequilibrios contractuales son fenómenos similares.

La primera diferencia se refiere al objeto de protección. La protección frente a desequilibrios negociales trata de dar respuesta a la debilidad de una de las partes, consistente en déficits de información, intelectuales o debido a su capacidad económica, depende de la prestación demandada en mayor medida que la otra parte de la contraprestación. Las prohibiciones de discriminación no protegen a los que entran débiles ya en el mercado, sino más bien a aquellos que, debido a su pertenencia a determinado grupo, o a la mera adscripción de tal pertenencia, son perjudicados en el tráfico negocial. No tiene por qué tratarse de una desigualdad objetiva, sino que esta puede muy bien ser sólo subjetiva¹¹⁷⁰.

La segunda diferencia se refiere al resultado que se pretende alcanzar. En el caso de los desequilibrios negociales, lo que se trata es de negar la eficacia al consenso al que habían llegado las partes para garantizar la autodeterminación de la parte débil del contrato. Por su parte, en la protección frente a la discriminación, la finalidad es otra, se pretende prohibir las manifestaciones de discriminación en el acceso a bienes y servicios, esencialmente en la fase precontractual. Para ello se parte de una ficción del vínculo contractual, pues no hay acuerdo de voluntades entre las partes porque una de ellas se ha negado a contratar con la otra por motivos discriminatorios. En otras palabras, para

¹¹⁷⁰ AGUILERA RULL, Adriana, *Contratación y diferencia... cit.*, p. 84.

garantizar dicho acceso, se debe vincular contractualmente al oferente discriminador con la víctima¹¹⁷¹.

De esta forma, puede considerarse que el intervencionismo del aparato estatal sobre la libertad de contratación del discriminador, en su afán de imponerle una obligación contractual no consentida al discriminado, es mayor que la que supone en los casos de desequilibrio negocial, al posibilitarle a la parte débil liberarse del vínculo contractual. Por esas razones, aunque el principio de protección de la parte contractual débil pueda resultar favorable a una inclusión de la protección frente a la discriminación, para dar respuesta a las conductas discriminatorias que tienen lugar en fase precontractual, requerirá de una evolución ulterior de los paradigmas del moderno Derecho de Contratos.

En el caso de los contratos de seguro privado, aunque se realicen normalmente en el tráfico jurídico de forma seriada, con un marcado carácter personal, en la praxis suele, al mismo tiempo, ser habitual tomar en consideración ciertas circunstancias de las personas. Las compañías aseguradoras toman, típicamente, sus decisiones empresariales en base a características inmodificables del asegurado, como sucede en los casos de los seguros de vida o de enfermedad.

Al mismo tiempo, se debe tener en cuenta que la prohibición de discriminar no es absoluta en este ámbito. Algunas legislaciones admiten que la aseguradora pueda dispensar un trato diferenciado en atención al género, siempre que este sea un factor determinante para la evaluación de los riesgos y que exista un fundamento justificado en datos matemáticos y estadísticos, los cuales, además, han de ser relevantes y precisos. No obstante, el trato diferenciado no se admite bajo ningún concepto si obedece a la raza o al origen étnico de la persona, es decir, en estos casos la prohibición de discriminar tiene un carácter absoluto¹¹⁷².

El último de los contratos donde mayores manifestaciones de conductas discriminatorias se observan en el Derecho contractual moderno, es el contrato de arrendamiento de vivienda. Aquí se comprenden los arrendamientos de

¹¹⁷¹ *Idem*.

¹¹⁷² INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...", *cit.*, p. 212.

cualquier clase de vivienda, lo que abarca incluso los alojamientos hoteleros (por ejemplo, en régimen de pensión) que tengan esta finalidad. Respecto de estas categorías de contratos, se prevé la posibilidad de que el arrendador dispense un trato diferenciado si el contrato va dirigido a la provisión y obtención de viviendas socialmente estables y sostenidas, o en atención a relaciones económicas, sociales y culturales de equilibrio. Estos supuestos se encuadran evidentemente en el marco de las políticas sociales de acceso a la vivienda¹¹⁷³.

En tal sentido, para la apreciación de conductas discriminatorias en este contrato debe existir una razón verdadera para la diferenciación por cualesquiera de los motivos previstos (religión o creencias, discapacidad, edad, identidad sexual o género); así como una serie de supuestos en los que particularmente existe dicha justificación. En consecuencia, serán reprobables aquellos motivos que no se fundamenten en consideraciones razonables y evidentes, así como aquellos otros que sean contrarios a valores constitucionales u otros principios superiores¹¹⁷⁴.

Hasta el momento, se ha analizado la noción concreta de las conductas discriminatorias en las relaciones jurídicas contractuales, así como sus principales manifestaciones en este campo, empero, se habla de un Derecho antidiscriminatorio moderno, encargado de establecer las pautas legislativas para las correspondientes exigencias al agente comisor del acto discriminatorio y las posibles consecuencias jurídicas. De este modo, la aplicación de las diversas disposiciones que contienen las prohibiciones de discriminar significa que estas constituyen la forma actual en que se expresan los mecanismos de corrección de los desequilibrios de poder contractual.

Esta cuestión versa sobre el tipo de responsabilidad que se aplicaría teniendo en cuenta el acto discriminatorio. Si al momento de celebrar el contrato, la parte

¹¹⁷³ *Ídem*. p. 214.

¹¹⁷⁴ El autor precisa que según entiende la doctrina alemana, existirá una razón objetiva para establecer un trato diferenciado en el contrato cuando el interés legítimo que se persiga por el contratante sea necesario y proporcionado. Esta cuestión, contemplada en sentido negativo, supone que la diferenciación será ilícita en caso de que no tenga ningún valor especial, cuando pueda concluirse a través de un análisis orientado mediante la idea de la igualdad, que se trata de una arbitrariedad. *Vid.* INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...", *cit.*, p. 214.

discriminadora se niega a celebrarlo por razones de género, por ejemplo, se interpreta que se trata de un momento anterior a la celebración del contrato (fase pre contractual), y por tanto, con ello se estaría vulnerando el deber genérico de no dañar a nadie¹¹⁷⁵. Siendo así, la responsabilidad sería extracontractual. Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual, en la medida en que proviene del incumplimiento de una obligación previa al nacimiento de la responsabilidad, en este caso, la de respetar el principio de igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios ofrecidos al público¹¹⁷⁶.

Al respecto, lo más conveniente sería exigir la responsabilidad contractual, pues no puede negarse que el hecho discriminatorio ocurre con motivo de una relación jurídica, aunque sea en su fase precontractual, sin la cual sería imposible que se produjera el suceso discriminatorio.

La conducta precontractual discriminatoria justifica también la reclamación del resarcimiento del daño no patrimonial, sin temerse el riesgo, además de que a través de la responsabilidad precontractual por la celebración de un contrato válido pero desventajoso, se pueda pretender un constante control sobre la elección contractual, porque es necesario excluir una generalización de este tipo de casos. En este sentido, amplía NAVARRETA:

¹¹⁷⁵ DÍEZ- PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños... cit.*, pp. 252– 258; DA GAMA, Guilherme Calmon N. y María F. CONCEIÇÃO DE LEITE, “El deber de no causar daño a otro desde la perspectiva de la reparación integral de la víctima”, en *Revista Internacional Consister de Dereito*, Año V, No. 8, Estocolmo, enero–junio 2019, pp. 479– 490; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 5, Santiago De Chile, julio- diciembre 2005, pp. 73-95; SARMIENTO CRISTANCHO, Daniel Ricardo; Sindy Viviana MEDINA VELANDÍA y Rodrigo Alberto PLAZAS ESTEPA, “Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios”, *Revista Vlel*, vol. 12, No. 2, Bogotá, julio-diciembre 2017, pp. 101-115.

¹¹⁷⁶Al respecto, algunos autores han esgrimido su criterio. En tal sentido, quien considera que en la mayoría de los casos el derecho a no contratar puede tomarse como un ejercicio abusivo y anti social, ex artículo 7.2 del código civil, que generaría responsabilidad extracontractual. *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales...”, *cit.*, pp.106-116. Por su parte, GARCÍA RUBIO sostiene que la responsabilidad es de índole contractual, ya que supone el incumplimiento de una obligación previa al nacimiento de la responsabilidad, cuál es la violación de la norma que prohíbe la discriminación directa o indirecta por razón de sexo, y no de una simple y mera violación del deber genérico de no dañar a otro, que nos llevaría al campo de la responsabilidad extracontractual. *Vid.* GARCÍA RUBIO, María Paz, “De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María (Coord.), *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: diagnóstico y perspectivas*, Editorial Atelier, Burgos, 2009, pp. 365-372.

“(...) La responsabilidad precontractual por la celebración de un contrato válido, pero desventajoso, antes de producir efectos sobre la disciplina del contrato discriminatorio, conduciría, de hecho, al inaceptable resultado de abrogar la disciplina sobre los vicios del consentimiento, incluso un simple error en los motivos, permitiría obtener, con la prueba de la conducta incorrecta, y a través del resarcimiento del daño, una suerte de corrección del contrato, que es más lo que concede el remedio de la anulación (...)”¹¹⁷⁷.

Si posteriormente se procede hacia el contrato¹¹⁷⁸, el objeto de reproche a la luz de los valores constitucionales, específicamente, del principio de no discriminación, y de la dignidad, no es ya la elección contractual en sí misma, sino aquella porción de elección que las partes quieren que se convierta en ley privada. Por ello, no puede ponerse en contradicción con los principios del ordenamiento, ni vulnerarse los límites relativos a las elecciones subyacentes a la autonomía privada y a la estructura y contenido del contrato. De esta premisa deriva un imprescindible y constante control del contenido del contrato, incluso del individual, a la luz del principio de no discriminación¹¹⁷⁹.

La perspectiva de control del contenido del contrato, si la atención se desplaza del contrato en general, a las múltiples posibles tipologías negociales, abre dos frentes problemáticos respecto al principio de no discriminación: el ámbito de los contratos asociativos, por una parte; y el de los actos de liberalidad y los actos *mortis causa*, por otra, teniéndose en cuenta que son tipologías cuyas características permiten la libre elección o designación de sus beneficiarios. En relación con los primeros, su propia estructura implica la previsión de reglas de ingreso de nuevos asociados o socios, de modo que sigue el interrogativo sobre la compatibilidad entre el principio de no discriminación y la cláusula de agrado o de mero agrado.

¹¹⁷⁷ NAVARRETA, Enmanuela, “Principio de igualdad, principio de no discriminación...”, *cit.*, p. 140.

¹¹⁷⁸ Piénsese en un supuesto en que un contrato contenga una condición discriminatoria, por ejemplo, que el arrendatario no profese una particular religión o que el conviviente del arrendatario no sea del mismo sexo. En este caso, una cláusula de este tipo debe reputarse nula, una nulidad que repercutirá en el contrato, ya sea porque la otra parte no se encuentre entre los sujetos discriminados, lo cual es señal de la sanción en términos de ilicitud del contenido; o porque la otra parte se encuentre entre los sujetos discriminados, caso en el cual al remedio de la nulidad se acompaña el resarcimiento del daño, incluso el no patrimonial.

¹¹⁷⁹ NAVARRETA, Enmanuela, “Principio de igualdad, principio de no discriminación...”, *cit.*, pp. 140-142.

Del tema de la responsabilidad se derivan a su vez, las cuestiones relacionadas con la posibilidad de aplicación de la reparación del daño *in natura*, de manera que se pueda imponer a la parte discriminadora la obligación de contratar con la parte agraviada. Lo anterior tiene repercusión a partir de la distinción, ya se trate de un supuesto de responsabilidad contractual, en cuyo caso habría que solicitar el cumplimiento específico de la obligación mediante la imposición de una obligación de contratar; o si se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual, podría demandarse la reparación del daño *in natura* para defender el derecho que tiene la parte discriminada a una indemnización¹¹⁸⁰.

En cuanto a lo que hasta aquí se ha analizado, cabría preguntarse cuándo sería posible imponer a la persona que discrimina la obligación de contratar con la persona que ha sufrido la discriminación. Y justamente constituye esta temática una de las cuestiones que mayor controversia ha suscitado, por la relación estrecha entre el principio de libertad contractual y el principio de igualdad y no discriminación. Para ello, debe tenerse en cuenta que en un buen número de casos será inadmisibles imponer esta obligación. Por ejemplo, cuando el contrato ya se ha celebrado con una tercera persona de buena fe, o sencillamente, en el caso que el contrato carezca de interés para la persona discriminada y, por tanto, esta no pretenda ya su celebración.

En definitiva, es entendible que, siendo el fundamento de la discriminación la ofensa a la dignidad humana, el contrato individual no resulta impermeable a esta. Sin embargo, una cosa es hacer depender del respeto al valor de la dignidad, aquella porción de la elección que las partes quieren traducir en ley individual, es decir, el contenido del contrato; y otra es controlar la elección contractual en sí misma, lo cual, si no se quiere anular la misma autonomía, es admisible solo en específicos contextos y por razones particulares.

Por último, y no menos importante, abordaremos uno de los tópicos más trascendentales del nuevo Derecho antidiscriminatorio aplicado al Derecho de Contratos que, a su vez, encierra en sí mismo la finalidad de proteger los intereses de la persona discriminada en un vínculo contractual.

¹¹⁸⁰ GIMÉNEZ COSTA, Ana, “La negativa a contratar por razón de género...”, *cit.*, p. 144.

Sin llegar a ser reiterativos con las ideas ya analizadas por los principales autores¹¹⁸¹, quienes desde la perspectiva normativa que establece la AGG en el artículo 21, han establecido ya las principales pautas doctrinales y legales que abordan el asunto, se pretende en este caso específico, sistematizar los principales remedios, medidas o consecuencias jurídico- civiles, (sin desconocer las otras existentes), que se pueden aplicar a los contratos que contienen conductas o contenidos discriminatorios.

Una de las primeras medidas reconocidas es el remedio eliminatorio, es decir, la acción dirigida a la cesación de la situación discriminatoria¹¹⁸². Este remedio está relacionado con los diversos supuestos que se advierte cuando la parte agraviada puede recurrir a interponer una acción que se dirija a eliminar los efectos perjudiciales. De acuerdo con estas ideas, se exige que exista una contravención objetiva de la prohibición de discriminar (independientemente de la culpa del sujeto agente), y además que el acto sea antijurídico.

Este remedio tiene dos objetivos, primero, la eliminación del perjuicio o las consecuencias que del mismo se deriven, estableciéndose para el perjudicado la posibilidad de solicitar al juez que ordene al sujeto agente la abstención de realizar el acto discriminatorio en el futuro; y, en segundo lugar, la obligación de contratar.

Este último supuesto referido a la obligación de contratar, aunque no se regula expresamente en el artículo 21 de la AGG que venimos analizando, parte del supuesto de la colisión que se origina con el principio de libertad contractual. En tal sentido, no existe consenso para determinar si se puede imponer la obligación de contratar o no ante supuestos de discriminación. Para algunos, a falta de una

¹¹⁸¹ Los principales aportes en este orden lo encontramos en: INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación..." *cit.*, pp. 191-250; AGUILERA RULL, Adriana, *Contratación y diferencia...* *cit.*, pp. 83-109; GIMÉNEZ COSTA, Ana, "La negativa a contratar por razón de género..." *cit.*, p.146, GARCÍA RUBIO, María Paz, "La discriminación por razón de sexo en la contratación privada..." *cit.*, pp. 1073-1120.

¹¹⁸² *Vid.* artículo 21 de la AGG, primera fase. Además de ello, el remedio coincide con lo establecido en el BGB, donde se establecen varios supuestos en los que la parte agraviada puede interponer una acción que se dirija a eliminar los efectos perjudiciales. Por ejemplo las acciones de eliminación de los vicios en el marco de la reclamación de un nuevo cumplimiento; la acción de eliminación de los defectos de la cosa arrendada; y aquella que establece la tutela del propietario frente a los daños irrogados a la propiedad. *Vid.* artículo 21 de la AGG, primera fase.

norma especial, no se puede imponer la obligación de contratar; y para otros, no cabe duda de que en muchos casos el cese de la discriminación sólo podrá producirse si el contrato efectivamente se celebra. Por tanto, aducen que aunque el mencionado artículo 21 de la AGG no establece la obligación de contratar, esa omisión tampoco significa que esté excluida como posible consecuencia jurídica de violación de la discriminación, incluso, plantean que dentro del contenido de la acción de cesación prevista en el apartado primero del mencionado precepto, debiera entenderse inmersa la acción destinada a exigir la celebración del contrato¹¹⁸³.

En tal sentido, INFANTE RUIZ¹¹⁸⁴ plantea, basándose en el criterio del Derecho alemán, los principales requisitos para que pueda adoptarse la obligación de contratar. Entre ellos: a) que se produzca una negativa a contratar, siendo ello precisamente la contravención de la prohibición de discriminar; (b) la confirmación de una relación directa entre el comportamiento y la negativa, es decir, si el acto contrario a la prohibición de discriminar no hubiera tenido lugar, el contrato se hubiera celebrado entonces; (c) la determinación de los elementos del contrato, (d) la inexistencia de una imposibilidad contractual, es decir, que el cumplimiento del contrato sea posible para el demandante; y e) que la demanda en la que se exija como sanción la obligación de contratar, se formule mediante una acción de mandamiento prevista en el artículo 894 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹⁸⁵.

En ese punto, determinar si esa exigencia de cesación en la discriminación puede llegar a significar la obligación de contratar, cuando la conducta discriminatoria ha sido precisamente la negativa por parte del suministrador del bien o servicio del que se trate de contratar con la persona discriminada, se ha

¹¹⁸³ Vid. NAVAS NAVARRO, Susana, "Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)", en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LX, No. IV, 2007, pp. 1629-1639; REYES LÓPEZ, María José, "El principio de igualdad de trato en las relaciones contractuales", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 73, 2010, pp. 611-650; GARCÍA RUBIO, María Paz, "La discriminación por razón de sexo en la contratación privada...", *cit.*, pp. 1073-1119; "De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación... *cit.*", p. 371 y ss.

¹¹⁸⁴ INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...", *cit.*, p. 217.

¹¹⁸⁵ Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000.

convertido en una de las cuestiones más espinosas que suscitan el análisis del conjunto de remedios ante la conducta discriminatoria¹¹⁸⁶.

Ello significa que de la propia acción de cesación de la conducta discriminatoria, puede nacer, según se prevé en las normativas destinadas al efecto, el derecho a exigir la conclusión del contrato frente a la negativa a contratar. El criterio principal a tener en cuenta es que al entrar en colisión la libertad contractual y el principio de igualdad, será la proporcionalidad la que prime en este sentido. La condena a celebrar el contrato deberá ser una medida proporcionada al fin que se pretende, lo que ineludiblemente llevará a evaluar si el fin no podrá conseguirse mediante algún otro remedio.

La aplicación del principio de proporcionalidad es una exigencia que proviene de la teoría constitucional de la colisión de derechos¹¹⁸⁷, lo cual requiere que la condena a contratar debe ser adecuada. En tal sentido, supone que la medida debe promover el derecho infringido de un modo útil y objetivo, sin que exista otro medio menos incisivo para promover el derecho. Debe ser, además, proporcionada, requiriendo un juicio de ponderación que lleve a un razonamiento argumentativo sobre la aplicación de la medida. Por lo tanto, en los casos en que la negativa a contratar no impida a la víctima de la discriminación la obtención del bien por otro medio en el mercado que no resulte especialmente complejo, el remedio elegido deberá ser el indemnizatorio¹¹⁸⁸.

En segundo lugar, otra de las medidas es la acción de abstención establecida en el inciso 2 del artículo 21 (1) de la AGG, lo cual significa en este caso que la

¹¹⁸⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz, “La discriminación por razón de sexo en la contratación privada...”, *cit.*, p. 1103.

¹¹⁸⁷ Sobre la base del principio de proporcionalidad, se considera que “debe tomarse siempre aquella medida adecuada, necesaria y proporcional en la obtención del fin legítimo propuesto, de manera que una medida no será proporcional si existiera otra medida alternativa que implicara una menor agresión en uno de los bienes jurídicos en conflicto”. *Vid.* NAVAS NAVARRO, Susana, “Negativa a contratar y prohibición de discriminar... *cit.*”, p. 1629.

¹¹⁸⁸ Se toma por ejemplo cuando un propietario se niega a contratar el arrendamiento de un apartamento con una joven mujer embarazada por la razón de que la existencia de una medida específica de protección social restringe la facultad de extinguir la relación contractual con mujeres embarazadas. La joven mujer podrá exigir la conclusión del contrato por cuanto presumiblemente se encontrará de cara a una situación similar por esta misma razón frente a otras personas, y otros remedios jurídicos como el indemnizatorio probablemente no sean suficientes para deshacer los efectos de esta discriminación. *Vid.* NAVAS NAVARRO, Susana, “Negativa a contratar y prohibición de discriminar... *cit.*”, p. 1629.

demanda del sujeto perjudicado por el acto discriminatorio puede tener también como objetivo dirigirse al juez para que este disponga al demandado que se abstenga de realizar el acto cuando haya temor de que la discriminación perdure en el futuro. Para la exigencia de este remedio, no se toma en cuenta la culpa del sujeto agente, sino la antijuridicidad del acto. Su aplicación puede ser tanto en caso de que exista la posibilidad de repetición del acto, como si este se realiza por primera vez.

En tercer lugar, sin dudas, pueden mencionarse las acciones indemnizatorias, aquellas que tienen lugar cuando se contraviene la prohibición de discriminar y con ello se producen daños al discriminado. En este campo, las acciones indemnizatorias no adquieren particularidades, por lo que sus requisitos se corresponden con la norma general, y su configuración será mediante una compensación pecuniaria que habrá de ser adecuada¹¹⁸⁹.

En cuarto lugar se mencionan las acciones frente al acto ilícito. El artículo 21 (3) del mencionado cuerpo legal dispone que ante supuestos de discriminación, se mantendrán todas las acciones que se deriven del acto ilícito. En este caso, frente a la vulneración del principio de no discriminación en el ámbito civil, deben tomarse en cuenta los remedios establecidos en el BGB contra las actuaciones ilícitas. Por ejemplo, aquella discriminación que se deriva de la lesión de un derecho de la personalidad; la discriminación por causa de un comportamiento contrario a una norma tuitiva; o la discriminación dolosa cuando es contraria a las buenas costumbres¹¹⁹⁰.

En quinto lugar se prevén las acciones frente al incumplimiento contractual y otras que puedan aplicarse. Por ejemplo, además de las acciones derivadas del contrato, también podrán aplicarse las acciones de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*), que, aunque no se mencionan en el

¹¹⁸⁹ Para tal fin, la determinación de la compensación adecuada se determinará teniendo en cuenta el sacrificio del perjudicado, la intensidad de la lesión del bien jurídico personal afectado, y los factores normales de prevención. INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...", *cit.*, p. 218.

¹¹⁹⁰ *Vid.* artículos 823 (1); (2); y el 826 del BGB.

artículo 21 de la AGG, si se regulan en los artículos 280 (1) y 311 (2) del Código Civil alemán.

En sexto lugar, la ineficacia del negocio jurídico es otro de los remedios jurídicos que podrán aplicarse cuando el acto o contrato contravenga la prohibición de discriminar como principio constitucionalmente reconocido¹¹⁹¹. En este sentido, el remedio se aplicará cuando el comportamiento discriminatorio provenga de la realización de un negocio jurídico contrario a las normas imperativas o prohibitivas dispuestas por el ordenamiento jurídico; lo cual traería aparejado un juicio negativo sobre su validez¹¹⁹², y en consecuencia, el acto sería absolutamente nulo¹¹⁹³.

En el caso de que la violación de la ley se establezca mediante una cláusula contractual particular, el propio artículo 21 que se ha venido analizando prevé como solución que el infractor no pueda invocar el acuerdo que resulte contrario a la norma imperativa o prohibitiva. En tal caso, la consecuencia jurídica será la nulidad parcial y relativa del acuerdo ilegal, mientras que el resto del contrato tendrá plena eficacia jurídica.

Finalmente, si el negocio jurídico que vulnera la prohibición de discriminar es contrario a las buenas costumbres, se le podrá aplicar la nulidad radical del negocio¹¹⁹⁴.

Considerando los criterios hasta aquí expuestos, es opinión de la autora que la nueva visión de la discriminación en el Derecho de Contratos, constituye sin dudas, una herramienta hermenéutica para la aplicabilidad de sus principales presupuestos, tanto teóricos como legislativos, en el ataque y ulterior aplicación de consecuencias jurídicas civiles en las relaciones contractuales que contengan

¹¹⁹¹ *Vid.* artículos 19, apartados (1) y (2) de la AGG; y 134 del BGB.

¹¹⁹² Así, la terminación intempestiva del contrato de trabajo por encontrarse una mujer en estado de ingravidez es contrario a derecho según las propias reglas del Código de Trabajo de Ecuador. Al respecto, el artículo 153 es muy claro. En consecuencia, todo proceder de los empleadores en esta dirección será nulo y mantendrá vivo el resto de la relación contractual. La jurisprudencia ecuatoriana es meridiana en este sentido. Al respecto la Corte Constitucional de Ecuador emitió la Sentencia No. 072-17-SEP-CC, Caso 1587-15-EP, de fecha 15 de marzo de 2017, p. 33, 43, en la que ratifica este punto de vista.

¹¹⁹³ La nulidad del contrato se establece en el artículo 1697 del Código Civil de Ecuador.

¹¹⁹⁴ *Vid.* artículo 138 (1) del BGB. INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...", *cit.*, p. 223.

manifestaciones de conductas discriminatorias, y por ende, mecanismos para la defensa a ultranza de la dignidad del hombre y su correspondiente igualdad en las relaciones iusprivatistas.

5.5. Regulación jurídica del derecho antidiscriminatorio en el moderno Derecho de Contratos. Una mirada a las legislaciones española y alemana

La protección contra la discriminación ha cobrado relevancia en los últimos años en varios ordenamientos jurídicos, lo que se ha materializado con más fuerza en el Derecho comunitario, a partir de la incorporación en los Estados miembros de una nueva concepción del principio de no discriminación. Este principio, unido a su manifestación legal garantista –la prohibición de discriminar–, se ha instaurado no solo en los derechos sociales y públicos, sino también en el ámbito del Derecho privado moderno, aplicándose a las relaciones contractuales de acceso y puesta a disposición de bienes y servicios.

En la actualidad, se discute si la aplicación del derecho antidiscriminatorio debe materializarse constitucionalmente mediante el reconocimiento de una cláusula general de igualdad y prohibición de discriminación, donde la simple enunciación de la disposición sea suficiente para que los jueces puedan llevar a cabo su función protectora con respecto a los grupos vulnerables; o si sería más eficaz que en el texto constitucional se expliciten los derechos de los diferentes grupos en desventaja. Por ello, en este capítulo se analiza la protección del derecho antidiscriminatorio en Alemania y España como países avanzados en el tema, los cuales serán tomados como base de estudio para la realización de propuestas efectivas de igualdad y no discriminación en el ámbito del Derecho contractual moderno en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

5.5.1. Protección contra la discriminación en el derecho comunitario y español

El artículo 14 de la Constitución española establece la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo,

religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. De allí se exige la igualdad de trato y se prohíben las discriminaciones negativas.

Cuando el mencionado artículo 14 refiere: “sin que pueda prevalecer discriminación alguna”, abre paso a concreciones que la doctrina ha denominado cláusulas específicas de no discriminación¹¹⁹⁵. Esta distinción entre cláusula general de igualdad, y cláusulas específicas de no discriminación, se proyecta a su vez en las relaciones de Derecho Privado.

En ese sentido, el ámbito europeo ha sido, sin dudas, el marco propicio para que, a partir de la aprobación y regulación de diferentes directivas, se establecieran numerosas prohibiciones de no discriminación, que, tomando en cuenta la jurisprudencia del TJCE, ha demostrado que el principio de no discriminación es uno de los pilares jurídicos en el que se fundamenta el Derecho comunitario¹¹⁹⁶.

Las primeras regulaciones jurídicas sobre la prohibición de discriminación en el Derecho de Contratos se encuentran en la Directiva 2000/43/CE¹¹⁹⁷ y la 2004/113/CE¹¹⁹⁸. Ellas fueron el resultado de la reacción de la Comisión europea ante la promulgación del artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, y puede decirse que ambas ofrecen a las personas un esquema de protección frente a las acciones discriminatorias, específicamente la discriminación por motivos personales, aplicadas a las relaciones jurídicas contractuales entre sujetos privados.

En el caso de la primera, el artículo 3 establece que la Directiva tendrá como ámbito de aplicación a todas las personas, tanto del sector público como el privado, lo que se interpreta como una extensión a las relaciones entre

¹¹⁹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, María Fernanda y Miguel, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 172-173; GIMÉNEZ GLUCK, David, “Asociación, discriminación y constitución: Los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios y aspirantes a serlos a no ser discriminados”, en *Revista de Derecho Político* No. 79, Madrid, septiembre-diciembre, 2010, p. 154.

¹¹⁹⁶ Por solo citar dos ejemplos, *Vid.* Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, Asunto Bostock, C-2/1992, de 7 de julio de 1992; y Asunto Klensch, 201-202/85, de 25 de noviembre de 1986 (Klensch).

¹¹⁹⁷ Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

¹¹⁹⁸ Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

particulares¹¹⁹⁹. En igual medida, es reconocida su aplicación al ámbito privado en el artículo 3 de la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹²⁰⁰.

En el caso de la segunda, se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes, servicios y su suministro, dejando claro en su artículo 3.1 que la norma se aplicará a todas las personas que suministren bienes y servicios, independientemente de la persona de que se trate, tanto al sector público como al privado. Por tanto, es indiferente que se trate de particulares con empresarios comerciantes, o que se trate de relaciones entre particulares, o de relaciones entre particulares y la administración, siempre que esta actúe en el tráfico común¹²⁰¹.

Posteriormente, la prohibición de discriminación en el ámbito particular también es reconocida en la Directiva 2006/54/CE¹²⁰² en lo referente a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que mediante su artículo 14 establece que no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado.

Las leyes que siguieron a estas directivas introdujeron en el ordenamiento jurídico español el principio de no discriminación en la contratación entre particulares. En tal caso, la Ley 62/2003 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social¹²⁰³ establece en el capítulo III las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación en sus artículos 27 al 43.

¹¹⁹⁹La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Frankfurt constituye un caso de discriminación en el que el propietario de un restaurante colocó en la puerta de su local un cartel con la siguiente inscripción: "Vedada la entrada a turcos". El Juzgado de primera instancia y la Audiencia Provincial sancionaron al acusado por el delito de instigación al odio previsto en el § 130 del Código penal alemán (StGB). El acusado recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia de Frankfurt (OLG Frankfurt) y este estimó parcialmente el recurso. *Vid.* Tribunal Superior de Justicia de Frankfurt (OLG Frankfurt) de 8.1.1985 (NJW 1985, p. 1720).

¹²⁰⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹²⁰¹ GIMÉNEZ COSTA, Ana, "El Principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el Marco Común de Referencia", en *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Esteve Bosch Capdevila (dir.), editorial Bosch, Valencia, 2012, p. 624.

¹²⁰² Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

¹²⁰³ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Sin embargo, aunque la Ley introduce elementos importantes en su contenido¹²⁰⁴, su impacto para el Derecho privado ha sido prácticamente inexistente.

Importante resulta la incorporación del contenido de la Directiva 2004/113/CE a través de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹²⁰⁵. Se trata, como afirma INFANTE RUIZ¹²⁰⁶, de una ley transversal, con un alto valor para el Derecho español, que abarca todos los sectores del ordenamiento jurídico, especialmente en el campo del Derecho Privado.

En la ley, se establece una regulación específica para los actos y cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo. Por esta vía, serán considerados nulos, dando lugar a la responsabilidad aplicada mediante un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean proporcionales al perjuicio sufrido, así como a través de la aplicación de sanciones preventivas de la realización de conductas discriminatorias.

En un análisis más profundo, se debe considerar que el texto español va más allá de lo estrictamente reconocido por la Directiva 2004/113/CE, cuyo artículo 13, signado por el término “cumplimiento”, reconoce que los Estados miembros deberán adoptar medidas necesarias para que se respete el principio de igualdad de trato en lo relativo al acceso de bienes y servicios, así como el suministro.

No obstante, de su análisis se identifican algunas deficiencias cuando se refiere únicamente a los actos y cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación¹²⁰⁷. La fórmula deja fuera otras conductas que no constituyen actos jurídicos, salvo que se entiendan en un sentido muy amplio,

¹²⁰⁴ En la ley se define la discriminación directa, indirecta y el acoso en el artículo 28; se reconoce la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos relacionados con la igualdad de trato y no discriminación por motivos de origen racial o étnico en el artículo 32, y también en las relaciones de trabajo, artículo 36.

¹²⁰⁵ Ley Orgánica No. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, aprobada por el Parlamento español (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

¹²⁰⁶ INFANTE RUIZ, Francisco José “La prohibición de discriminar en el Derecho de Contratos y su desarrollo jurisprudencial”, en *Revista Arazandi de Derecho Patrimonial*, No. 30, Pamplona, enero-abril, 2013, pp. 183 y 184.

¹²⁰⁷ Si se considera lo expuesto, el término “acto” es interpretado en un sentido amplio, en el que estarían incluidos no sólo los contratos y otros negocios jurídicos, sino también cualquier tipo de práctica o actuación discriminatoria pública o privada con repercusión en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

como las disposiciones de naturaleza normativa pública o privada; o ciertas manifestaciones de voluntad, como las expresiones despectivas respecto a un sexo que puedan considerarse discriminatorias; o manifestaciones de voluntad que denieguen *a priori* la entrada en un establecimiento a personas de determinado sexo¹²⁰⁸.

Según el artículo 6.2 de la Ley que se analiza, las posibles actuaciones que discriminen de forma indirecta han de estar sometidas también desde el Derecho privado al filtro que supone el criterio de la justificación objetiva. Más adelante, el artículo 10 establece las consecuencias jurídicas que llevan aparejado esos actos o negocios constitutivos causantes de la discriminación, mediante el cual se establecen dos consecuencias civiles: la nulidad y carencia de efectos del acto o cláusula discriminatoria; y la responsabilidad civil por el daño causado por otro.

Del análisis de este artículo, resulta válido destacar que debió preverse la inclusión de un sistema de sanciones, como lo hace la Directiva 2004/113/CE en su artículo 8.2; además de la supresión de las disposiciones legales y administrativas del artículo 13 literal a); la posible nulidad de las cláusulas contractuales y organizativas en el artículo 13 literal b); y las medidas sancionadoras en el artículo 14.

La Ley Orgánica 3/2007 reconoce en su artículo 69 que tanto el sector público como privado que suministren bienes y servicios, estarán obligados a respetar la igualdad y el principio de no discriminación. En tal sentido, la norma prohíbe las discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo y prevé que lo anterior no afecte la libertad de contratación. Además, admite las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando sean justificadas de forma objetiva y razonable. De esta forma, una de las condiciones de protección exigida es que

¹²⁰⁸ GARCÍA RUBIO, María Paz, "Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, No. 21, Madrid, enero-diciembre 2007, p. 131-166; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, "La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico*, No. 1, Madrid, 2007, p. 264-289; GARCÍA RUBIO, María Paz, "La igualdad de trato entre hombres y mujeres...", *cit.*, pp. 1657-1667.

la oferta trascienda el ámbito familiar o de la vida privada, aspecto que también se reconoce directamente en la legislación alemana.

Como se aprecia del contenido del artículo 69, no puede dilucidarse un patrón que especifique claramente cuando quedará restringida la libertad de contratación a favor del principio de no discriminación. Sin embargo, este particular se considera positivo para no afectar la autonomía de la voluntad de las partes. El propio artículo en su primer apartado establece un tratamiento general de la prohibición de no discriminación; agregando únicamente la prohibición por razones de origen étnico, excluyendo el alquiler de viviendas tanto de la prohibición general, como la de origen étnico.

En todo caso, cuando se identifica el actuar discriminatorio, la normativa española prevé un conjunto de soluciones que serán aplicadas cuando se compruebe la discriminación, en tal sentido pueden mencionarse las siguientes¹²⁰⁹:

– La nulidad del negocio por causa ilícita:

Si el artículo 1275 del Código Civil español establece: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”; puede interpretarse que cuando el contrato es discriminatorio, puede ser contrario a la moral. De allí que deba diferenciarse un contrato inmoral y el contrato cuando produce discriminación en su ejecución o cumplimiento (*Vid.* artículo 10 de la Ley Orgánica 3/2007).

En el caso de los contratos inmorales, el juez podrá declarar la nulidad del contrato o de la parte de este que resulta ilícita¹²¹⁰, con la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios.

– Soluciones efectivas y proporcionadas frente al incumplimiento del contrato cuando se ocasiona por una discriminación en razón del sexo:

¹²⁰⁹ INFANTE RUIZ, Francisco José, “Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...”, *cit.*, p. 232.

¹²¹⁰ Sobre el tema: *Vid.* GARCÍA RUBIO, María Paz, “La supuesta nulidad de los actos y negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo en el ámbito del Derecho civil y mercantil”, en *NUL, Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos*, Madrid, 2009, p. 3; DIÉGUEZ OLIVA, Rocío, “Quod nullum est, nullum effectum producit? la sanción de nulidad del art. 1259 CC”, en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, No. 1, 2006, p. 34.

Bajo este supuesto, deberán aplicarse las soluciones jurídicas al caso concreto, por ejemplo, el cumplimiento, resolución e indemnización del acto o contrato previstos en el Código Civil español; y la reparación, sustitución, reducción del precio y resolución establecida en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios, con el objetivo de obtener la efectividad y la proporcionalidad¹²¹¹. La efectividad para que la solución aplicada elimine la discriminación; y la proporcionalidad para elegir la solución adecuada cuando puedan aplicarse varias, y para adecuar la medida adoptada en comparación con la solución anteriormente aplicada frente a ofensas de similar gravedad.

– La indemnización de daños y perjuicios:

El artículo 10 de la Ley Orgánica 3/2007 establece un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido. Más adelante, en el artículo 72.1, reconoce el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos a la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 69, sufra una conducta discriminatoria, sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil. Por ello, se afirma que la indemnización de los daños y perjuicios se aplicará como solución específica para el caso de la discriminación, y esta indemnización también podrá aplicarse en caso de daño moral cuando la discriminación afecte la dignidad de las personas¹²¹².

– La obligación de contratar:

En este supuesto, para que el juez pueda condenar a la persona que discrimina a concluir el contrato, primero debe probarse que la negativa a contratar ha sido fundamentada por razón del sexo. Solo en ese caso podrá el juez condenar a la otra parte a celebrar el contrato (*Vid.* artículo 69.2 de la Ley Orgánica 3/2007). Si es así, puede afirmarse que existe una acción que tendrá como objetivo que el juez condene a la otra parte a celebrar el contrato. En segundo lugar, debe

¹²¹¹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

¹²¹² PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, "La indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato", en Sixto Sánchez Lorenzo (coord.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transaccional*, Vol. 2, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 973-1022.

tratarse de una verdadera oferta dirigida al público con la intención de contratar, por lo que deben estar determinados o ser determinables los elementos esenciales del contrato.

La adopción de esta medida deberá tener en cuenta que se cumpla el criterio de la proporcionalidad, pues no debe olvidarse que la prohibición para contratar supone una supresión de la libertad de contratar. En este sentido, la aplicación de la teoría constitucional de la proporcionalidad exige que la condena a contratar debe ser adecuada (lo que supone que la medida debe promover el derecho infringido de un modo útil y objetivo); necesaria (que no exista otro medio menos incisivo para promover el derecho); y, proporcionada (lo que exige un juicio de ponderación que conlleve a un razonamiento argumentativo sobre la aplicación de la medida)¹²¹³.

En conclusión, para que la medida a aplicar sea la obligación de contratar, y no una medida indemnizatoria, la negativa a contratar debe impedir a la víctima de la discriminación la obtención del bien por otro medio en el mercado que no resulte especialmente complejo según sus condiciones.

– El cese de la discriminación:

Es esta otra de las medidas que deben considerarse como solución importante en los casos de discriminación. Sin embargo, aunque explícitamente no se mencione en la ley esta posible solución, puede deducirse de la mención genérica del artículo 10 ya comentado cuando se refiere a un “sistema de reparaciones”. Puede decirse además que esta solución tiene como respaldo el artículo 5.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se enumeran las diferentes pretensiones que puede demandar quien procure de los tribunales que otro sujeto sea condenado (*Vid.* artículo 726 de la LEC).

¹²¹³ NAVAS NAVARRO, Susana, “Uso y tenencia de los bienes por las mujeres Aplicación de las acciones positivas en el Derecho privado”, en *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, LÓPEZ DE LA CRUZ, OTERO CRESPO (coords.), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1315.

– Las sanciones administrativas:

Las sanciones administrativas para los supuestos de discriminación deberán ser reguladas por el legislador, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad penal, las que deberán ser además eficaces y contundentes.

Por todo lo expuesto, puede señalarse que, con la promulgación de las normativas anteriormente analizadas, se logró establecer por primera vez en el Derecho español la prohibición de la discriminación en el ámbito del Derecho Privado, mediante las definiciones que en su normativa se establecieron de discriminación directa, indirecta, y también del acoso sexual.

Establecen así una serie de elementos que ofrecen al ciudadano frente a cualquier conducta discriminatoria, un mínimo nivel de protección legal cuyo único propósito es facilitar a las víctimas de discriminación la tutela de su derecho de una manera más efectiva. Si bien su aplicación no fue un éxito, se considera indudablemente un importante paso de avance que posteriormente se ha tomado en cuenta para la configuración de este Derecho en otros ordenamientos jurídicos, en este caso, el ordenamiento ecuatoriano.

En resumen, la incorporación de las Directivas antes analizadas junto a la Ley Orgánica en los Estados miembros varía de acuerdo con el país del cual se trate. Por ejemplo, en España se ha preferido la incorporación mediante leyes específicas, otros, como es el caso de Alemania, han optado por la elaboración de una ley general en la que se incluyen las prohibiciones de discriminación más importantes.

5.5.2. La ley alemana de igualdad de trato: un paso de avance en la prohibición de discriminación en el moderno Derecho de Contratos

La nueva legislación comunitaria en materia de discriminación, centrada en el ámbito del Derecho privado, constituye un paso de avance significativo, pues hasta el momento no existía técnica antidiscriminatoria alguna en materia de relaciones contractuales, lo que trajo como consecuencia que varios países reconocieran desde su ordenamiento interno las directivas comunitarias. Un ejemplo paradigmático lo constituye la Ley alemana de igualdad de trato

(*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), o Ley general de tratamiento igualitario, en adelante, AGG, de 14 de agosto de 2006¹²¹⁴, conocida en el sector como “Ley antidiscriminación”.

La AGG es una ley estatal que tiene como objetivo impedir o prohibir discriminaciones injustificadas por motivos de raza, origen étnico, sexo, religión, concepción del mundo, incapacidad, edad o identidad sexual¹²¹⁵. Constituye un modelo diseñado para la protección de las discriminaciones por los motivos señalados en las directivas comunitarias. En su articulado, recoge todos los motivos de discriminación reconocidos en las directivas, además de ampliar su protección a todos los sectores del ordenamiento, en especial, las relaciones de empleo, contratos privados, y servicios públicos.

La aprobación de una ley general que regule todos los supuestos de discriminación, le otorgó al Derecho alemán una sistematicidad y coherencia que permite lograr una protección más efectiva de los sectores más vulnerables, aunque esa generalidad no afectó la individualidad ganada por los movimientos de género. En este caso, el legislador alemán, al incorporar las principales regulaciones jurídicas de la Directiva 2004/113/CE, estableció su alcance al nacimiento, ejecución y extinción de una relación jurídica civil (*Begründung, Durchführung und Beendigung*), y excluyó, de modo expreso, las relaciones obligatorias derivadas del Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, y aquellas de cercanía o confianza entre las partes o parientes¹²¹⁶.

La exclusión de las relaciones sucesorias se traduce en el reconocimiento de la libertad para testar, lo que permite al testador expresar su voluntad libremente sin someterse a un tratamiento igualitario entre sus descendientes. Ahora bien, la legislación alemana no desampara totalmente a la persona discriminada en

¹²¹⁴ *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) o Ley general de tratamiento igualitario, en vigor desde el 18 de agosto de 2006, modificada por el artículo 8 de la Ley de 2 de diciembre de 2006 (BGBl. I, 2742) y por la Ley de 12 de diciembre de 2007 (BGBl. I, 2742).

¹²¹⁵ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen María, “Allgemeines gleichbehandlungsgesetz – Aproximación a la nueva regulación general de prohibición de tratamiento desigual en el Derecho alemán, en especial, su alcance en el ámbito civil”, en *Meritum – Belo Horizonte*, Vol. 3, No. 2, Belo Horizonte jul./dez, 2008, p. 277.

¹²¹⁶ SCHIEK, Dagmar, *Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Bade, 2000, pp. 77 y 78.

cuanto a su inclusión en el testamento, pues establece como regla general que se declararán nulos aquellos testamentos realizados bajo fundamentos contrarios a la moral.

El artículo 1 de la AGG establece como objetivo impedir o eliminar cualquier desventaja por razón de raza, origen étnico, sexo, religión o creencias, discapacidad, edad o identidad sexual. De esta forma, se incluyen todos los sectores a los que se dirigen las directivas comunitarias en materia de lucha contra las discriminaciones, y se aplican las cuestiones relativas al empleo, el trabajo y la educación, considerando también, como refiere el apartado 8 del artículo 2, a la contratación de bienes y servicios, inclusive el acceso a la vivienda¹²¹⁷.

En este caso, la Ley alemana contiene un avance significativo en cuanto a la protección de la no discriminación en las relaciones entre privados. Se trata específicamente del ámbito laboral, sobre todo en el empleo de criterios de selección para el acceso a un puesto de trabajo, las condiciones de trabajo, la formación laboral, entre otras.

En el ámbito del Derecho privado, en el Capítulo III de la AGG denominado “Protección frente la discriminación en el tráfico jurídico-civil”, se formulan tres preceptos de enorme trascendencia, en los que se recogen las reglas especiales en orden a la protección antidiscriminatoria en el tráfico civil. El artículo 19 se refiere a la prohibición de discriminar en el Derecho Civil, específicamente el

¹²¹⁷ El artículo 2 de la AGG, relativo a su ámbito de aplicación establece: “Las discriminaciones causadas por alguna de las razones mencionadas en el artículo 1 serán inadmisibles de acuerdo con la presente ley respecto de: 1. las condiciones, incluso los criterios de selección y las condiciones de contratación, para el acceso a actividades productivas de carácter independiente y dependiente, sin tener en cuenta el ámbito de actividad y la posición profesional, así como el ascenso profesional; 2. las condiciones de empleo y de trabajo, incluso la remuneración por el trabajo realizado y las condiciones de despido, en particular en caso de acuerdos individuales y colectivos y medidas adoptadas en los procedimientos y la conclusión de una relación de carácter ocupacional así como el ascenso profesional; 3. el acceso a todas las formas y niveles de asesoramiento profesional y de la educación profesional, inclusive la formación, la especialización y la readaptación profesionales, así como la experiencia profesional práctica; 4. el asociacionismo y la participación en asociaciones de ocupados o trabajadores o en una sociedad cuyos miembros formen parte de un grupo profesional específico, incluyendo la utilización de los servicios de dichas asociaciones; 5. la protección social, inclusive la seguridad social y los servicios sanitarios; 6. las ventajas sociales; 7. la educación; 8. el acceso y el suministro de bienes y servicios que se encuentren a disposición del público, inclusive el acceso a la vivienda”.

primer y segundo párrafo contienen, respectivamente, la enunciación de la prohibición de discriminar en atención al sexo, la religión, la edad, la discapacidad, la identidad sexual de la persona, la raza o el origen étnico. Si bien la legislación alemana reconoce varias causas de discriminación, no define ninguna de ellas, lo que podría estar condicionado al hecho de que tampoco lo hacen las directivas europeas que motivan su promulgación.

En el mencionado artículo se establece que, por medio de la *mittelbare Drittwirkung* o eficacia indirecta, el mandamiento de igualdad y no discriminación constituye un deber civil directo en las relaciones privadas. En este caso, para alcanzar una protección jurídica más efectiva, la ley aligera la prueba y establece un ámbito de aplicación más estrecho que el reconocido en el artículo 2 de su propia normativa. Ante este supuesto, el legislador alemán extiende el ámbito de aplicación a otras causas de discriminación como la discapacidad, edad u orientación sexual. Lo que crea dos ámbitos de aplicación distintos, uno para las discriminaciones por razón de sexo, religión, discapacidad, edad u orientación sexual (artículo 19.1 y 2.1), y otro más extenso para aquellas ocurridas por razón de origen racial o étnico (artículo 19.1 y 19.2 y artículo 2.1 No. 8 de la AGG).

Si se considera lo anterior, la prohibición de discriminación por razón de sexo, religión, discapacidad, edad y orientación sexual, se aplicará a las relaciones contractuales que se establezcan en condiciones similares, distinguiendo dos tipos de contratos: los que se realizan con independencia de la persona en que se trate; y aquellos en los que el otro contratante tiene una importancia menor.

La AGG dispone la prohibición de discriminación en los contratos y en aquellos supuestos en los que, aun cuando la celebración no se ha llevado a cabo mediante una promesa pública de recompensa, el ordenamiento jurídico admite la aplicación del principio de no discriminación en los negocios jurídicos unilaterales.

Si la creación, ejecución o extinción de una relación obligatoria causa una discriminación directa o indirecta entre alguno de los supuestos previstos en la norma, la persona que sufra el trato desfavorable podrá acudir a los remedios

que plantea el artículo 21, salvo que la actuación o comportamiento encuentre una justificación objetiva de acuerdo con el artículo 20 de la propia ley.

El artículo 19.3 de la ley que se comenta reafirma lo dispuesto y permite el tratamiento diferenciado por cualquiera de los motivos de discriminación bajo los fundamentos ya expresados. Esto podría representar problemas en cuanto a la discriminación por raza u origen étnico, ya que la Directiva 2000/43/CE no establece ninguna excepción de discriminación para estos supuestos.

En el caso del mencionado artículo 20, se establecen las condiciones en las que un trato diferenciado puede consentirse, precisamente porque la prohibición de discriminar no puede resultar absoluta, pues en este caso, estaría atentando contra la esencia que pretende proteger. Es así como el artículo contiene una excepción genérica basada en una “razón objetiva” para la diferenciación por cualesquiera de los motivos previstos, dígase religión o creencias, discapacidad, edad, identidad sexual o género; así como una serie de supuestos en los que particularmente existe dicha justificación, en los que su interpretación ha de ser restrictiva.

Las justificaciones objetivas se establecen cuando el tratamiento es útil para impedir otros peligros o prevenir otros daños o similares, lo que incluye medidas de defensa de bienes jurídicos de cualquier índole. De esta forma, solo podrá justificarse el tratamiento diferenciado cuando este sea necesario para la consecución de esta defensa; cuando el tratamiento diferenciador es necesario para la protección de la esfera íntima, o para la seguridad personal. Siendo así, el reconocimiento de las diferencias va encaminado a la protección de la seguridad personal o la intimidad de la persona, las que deben basarse en verdaderos motivos cuando el tratamiento ofrece especiales ventajas y falte un interés en el tratamiento igualitario.

Bajo esta justificación, se reconocen aquellas diferencias realizadas en aras de favorecer a las personas que presentan una condición especial de protección. Lo que podría llegar a interpretarse como una medida positiva cuando dicho tratamiento se basa en la religión, y se haga referencia al ejercicio de esa libertad. Ahora bien, no cualquier circunstancia podría justificar un tratamiento

diferenciado, sino que es necesaria la existencia de un conflicto objetivo que se derive de la convicción personal, por ejemplo, que represente profesar una religión. Por último, en el segundo apartado del artículo que se comenta se establece una justificación en el ámbito de los seguros privados, y es el caso del sexo como circunstancias de diferenciación.

De esta forma, la norma alemana reconoce que no toda diferenciación se configura como discriminación, pues en los casos que exista una justificación objetiva, no procederá el actuar discriminatorio. Por ejemplo, no se considera discriminatoria la exclusión de una persona por no cumplir uno de los requisitos de empleo, siempre que estos sean razonables y objetivos. La norma germana centra su atención en el ámbito laboral, alcanzando incluso la esfera personal, sin llegar a limitar la autonomía privada de las partes.

Son varios los criterios que se tienen en cuenta para determinar el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminar en el Derecho privado. En tal sentido, debe tratarse de relaciones obligatorias civiles, que incluyan cualquier trato desfavorable que tome en consideración exclusivamente la raza o el origen étnico de la persona en la constitución, ejecución o extinción de cualquier relación obligatoria civil.

La regulación establecida en la AGG abarca la prohibición de discriminación en la creación, desarrollo y conclusión de las relaciones jurídicas. De esta forma, las relaciones y contratos que se tienen en cuenta son los siguientes:

– Contratación en masa y contratos asimilables. Este modelo de formación contractual es aplicado a una variedad de supuestos en los que no se tome en cuenta a la persona, o en los que la consideración de la persona, de acuerdo a la naturaleza de la relación obligatoria, represente un significado denigrante y se efectúe en condiciones equivalentes aplicables en una variedad de supuestos. En relación a la expresión “sin consideración a la persona”, pueden interpretarse dos variantes: la primera significa que son contratos celebrados con independencia de las condiciones o atributos individuales de los interesados, o; segunda, aquellos en las que el aspecto irrelevante sería el sexo, la discapacidad, el origen étnico, el pasado judicial y la edad. Conforme a la

interpretación realizada de la AGG, se puede concluir que la segunda opción resulta la más acertada, ya que con independencia de que las características de la persona sean importantes para el oferente, el negocio continuará considerándose como un contrato en masa¹²¹⁸.

Esta figura contractual es valorada principalmente desde el punto de vista del oferente de bienes y servicios. Su aplicación no se limita a la actividad de las empresas, sino que es establecida para aquellos negocios jurídicos o contratos que se realicen de forma frecuente, y no se limiten a un número de transacciones. Se configura generalmente en el ámbito de la economía de consumo o servicios estandarizados; por ejemplo, el pago del internet, el transporte público, entre otros. Al establecer como elemento configurador que se trata de contratos celebrados por un oferente profesional, el legislador alemán excluye de la prohibición de discriminación a los particulares oferentes no profesionales.

– Contratos de seguro privado. En estos casos no requiere que se trate de contratos realizados “sin consideración a la persona”, ya que a pesar de que son realizados en serie, al mismo tiempo tiene en cuenta circunstancias personales del asegurado, como sucede en los seguros de vida o de enfermedad.

La propia ley alemana no resulta ser absoluta en este tema, pues admite que la aseguradora realice un trato diferenciado en atención al género, siempre que este sea un factor determinante para la evaluación de los riesgos, y se encuentre justificado en datos matemáticos y estadísticos, los cuales, además, han de ser relevantes y precisos, tal y como se prevé en el párrafo 20, apartado segundo de la AGG. Esta regla tiene como excepción los costes relacionados con el embarazo y la maternidad, los que no podrán repercutir en ningún caso en el cálculo de la prima del seguro. No obstante, el trato diferenciado no se admite bajo ningún concepto si obedece a la raza o al origen étnico de la persona, es decir, en estos casos la prohibición de discriminar tiene un carácter absoluto¹²¹⁹.

¹²¹⁸ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen María, “Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz...”, *cit.*, pp. 276, 295 y 296.

¹²¹⁹ INFANTE RUIZ, Francisco José, INFANTE RUIZ, Francisco José, “Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...”, *cit.*, p. 214.

En este supuesto, como se cubren derechos básicos, la negativa a su formación constituye un perjuicio para la persona discriminada, por tanto, la ley alemana trae a colación la necesidad de impedir la diferenciación bajo causas injustificadas.

– Contratos de arrendamientos de vivienda. En este acápite se incluyen los arrendamientos de cualquier clase de vivienda, incluso aquellos arrendamientos hoteleros, conocidos como régimen de pensión, cuya finalidad sea la misma. En esta clase de contratos, el arrendador podrá dispensar un trato diferenciado si el contrato va dirigido “en consideración a” la provisión y obtención de viviendas socialmente estables y sostenidas, o en atención a relaciones económicas, sociales y culturales de equilibrio.

En cuanto a la vivienda, existe una regla específica que admite la existencia de un trato discriminatorio siempre que ese trato se justifique en el mantenimiento de una estructura vecinal, lo que podría entenderse como la prevención de la formación de guetos o cultura paralela. Bajo este supuesto, el arrendador no podrá emplear sus criterios subjetivos o prejuicios constituidos, ni tampoco podrá interpretarse libremente.

La determinación de los contratos específicos que se incluyen en el artículo 19 de la Ley alemana resulta difícil, pues deberá analizarse cada supuesto, valorando las circunstancias específicas, pues aunque existen pautas generales, la clasificación de los tipos contractuales negaría la especificidad y características *sui géneris* de cada una de estas figuras.

En tal caso, si el interés requerido por el contratante es legítimo, necesario y proporcionado, podrá invocar una razón de carácter objetivo que le permita establecer un trato diferenciado en el contrato. Si en cambio, la diferencia establecida se basa en una arbitrariedad, la diferencia se entenderá como ilícita. En consecuencia, serán censurados aquellos motivos que no se fundamenten en consideraciones razonables y evidentes, así como aquellos que sean contrarios a valores constitucionales u otros principios superiores.

Uno de los elementos negativos de la Ley alemana, es la exclusión de los contratos de crédito, en tanto el legislador prohíbe que puedan ser considerados

contratos en masa, o contratos en los que la persona tiene una importancia secundaria. No se justifica que se permita a las entidades bancarias violar la prohibición de discriminación cuando se someten las compañías aseguradoras a dicha prohibición. Los efectos negativos del actuar discriminatorio pueden configurarse en ambos supuestos, por lo que no se justifica la negativa de aplicación de prohibición de discriminación en los contratos de crédito bancario¹²²⁰.

Finalmente, en materia de Derecho privado antidiscriminatorio, en el artículo 21 se reconocen los remedios y las consecuencias jurídicas aplicables frente a la prohibición de discriminar en la relación jurídica privada de que se trate. En este caso, pueden mencionarse las acciones de eliminación y de abstención; la indemnización de daños y perjuicios, que abarca tanto el perjuicio económico, como el daño moral; la aplicación de las reglas generales frente a los negocios ilícitos; la nulidad del acuerdo contrario a la prohibición de discriminar; y el plazo de prescripción de la acción, que se reduce a dos meses, salvo que el transcurso de este no se deba a la culpa de la víctima de la discriminación.

Siguiendo a INFANTE RUIZ, las principales características de estos remedios se concretan en¹²²¹:

– El remedio eliminatorio o acción dirigida al cese de la situación discriminatoria: Este remedio se encuentra en consonancia con el propio Código Civil alemán. En él se prevén diversos supuestos que permiten a la parte perjudicada recurrir a una acción para eliminar los efectos perjudiciales, como por ejemplo, las acciones de eliminación de los vicios en el marco de la reclamación de un nuevo cumplimiento; la acción de eliminación de los defectos de la cosa arrendada (artículo 535), y la tutela del propietario frente a los daños irrogados a la propiedad (artículo 1004.1).

¹²²⁰ THÜSING, Gregor, *Arbeitsrechtlicher Antidiskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote*, Verlag C. H. Beck, München, 2007, pp. 25 y 26.

¹²²¹ INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...", *cit.*, pp. 216-219.

En función de ello, independientemente de la culpa del sujeto agente, se requiere una contravención objetiva a la prohibición de discriminar. Este remedio comprende tanto la eliminación del perjuicio y sus consecuencias; así como la posibilidad de que el perjudicado pueda solicitar al juez que ordene al sujeto agente para que se abstenga de realizar el acto discriminatorio en el futuro, como si se estuviera reclamando la obligación de contratar.

– La acción de abstención:

Según el inciso segundo del artículo 21 (1) de la AGG, la persona perjudicada podrá solicitar al juez que imponga al sujeto agente que se abstenga de su actuar en caso de que se considere que la discriminación podría perdurar en el futuro. En este remedio, no se parte de la culpa del sujeto agente, por ello, se requiere igualmente la antijuridicidad del acto, y podrá aplicarse tanto en caso de que exista un peligro de reincidencia, como si el acto se perpetra por primera vez¹²²².

–Las acciones indemnizatorias:

Se prevén dos acciones de daños y perjuicios, la primera constituye un remedio indemnizatorio unitario; y la segunda una indemnización del daño moral, prevista como una excepción. Para exigir la obligación de indemnizar, se requiere que exista una infracción de la prohibición de discriminar y que el infractor tenga el deber jurídico de soportar el daño. La indemnización del daño moral deberá realizarse, según exige el precepto, mediante una compensación pecuniaria que deberá ajustarse en función del sacrificio del perjudicado, tomando en consideración la intensidad de la lesión del bien jurídico personal afectado, y los factores normales de prevención.

– Las acciones frente al acto ilícito:

El propio artículo 21 en su apartado tercero declara que se mantendrán todas las acciones que deriven del acto ilícito. Esta norma, junto con la expresión “sin perjuicio de ulteriores acciones”, contenida en el primer apartado de este mismo precepto, tiene un valor meramente declarativo, puesto que frente a la vulneración de la prohibición de discriminar en el ámbito civil, entran en juego los

¹²²² CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen María, “Allgemeines gleichbehandlungsgesetz...”, *cit.*, pp. 314 y 315.

numerosos remedios de naturaleza delictual previstos en el BGB contra las acciones ilícitas, tales como el artículo 823, apartado 1 para la discriminación derivada de la lesión de un derecho de la personalidad; el apartado 2, en caso de discriminación por causa de un comportamiento contrario a una norma tuitiva; o el 826, en el que encajaría el supuesto particular de discriminación dolosa por ser contrario a las buenas costumbres.

– Las acciones frente al incumplimiento contractual y otras asimilables:

Junto a las acciones derivadas del contrato, también podrá acudir a las acciones de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) previstas en los artículos 280 apartado 1 y 311 apartado 2 del Código Civil alemán. Estas acciones no se expresan en el artículo 21 de la AGG, pero se derivan de las normas civiles generales imperantes en el Derecho Civil alemán.

– La ineficacia del negocio jurídico pretendido:

La ineficacia de los negocios jurídicos que contravengan la prohibición de discriminar en el ámbito civil, están previstos en la formulación del artículo 19, apartados primero y segundo de la AGG, y se derivan con carácter general del mismo artículo 134 del BGB. En consecuencia, cuando el comportamiento discriminatorio provenga de la realización de un negocio jurídico contrario a las normas imperativas o prohibitivas, se aplicará la cláusula general prevista en este último precepto. La consecuencia jurídica será la nulidad radical del negocio ilegal.

En caso de que la contravención a la ley se suscite de un acuerdo contractual particular, el propio artículo 21 prevé una regla especial en el apartado cuarto, mediante la cual se establece que el infractor no podrá invocar el acuerdo que resulte contrario a la norma imperativa o prohibitiva. En este caso, la consecuencia jurídica será la nulidad parcial del acuerdo ilegal, mientras que el resto del negocio jurídico en el que se inserte, podrá desplegar su eficacia. Por último, si el negocio jurídico es contrario a las buenas costumbres, y contraviene la cláusula general prevista en el artículo 138, apartado 1 del BGB, se aplicará la nulidad radical del negocio jurídico.

La transposición alemana de las directivas tiene la ventaja de que concreta los preceptos europeos que son realmente abiertos y, a partir de allí, establece una guía para la aplicación de la igualdad de trato y la prohibición de discriminación. Las matizaciones que la Ley general de igualdad de trato (AGG) reconoce y la política legislativa que las ha motivado, podrían ayudar a resolver interrogantes que aún persisten en la interpretación de la legislación española¹²²³.

La inclusión de la prohibición de discriminar en las relaciones privadas constituye la novedad más significativa de la ley alemana, la que hasta ese momento solo contenía una aplicación directa en el ámbito laboral. Esta situación es transformada, pues ya no es necesario acudir al mecanismo de la *Drittwirkung* para la aplicación del principio de igualdad o discriminación en los aspectos tratados por la ley, especialmente en las relaciones entre particulares.

Del análisis comparado realizado, cabe señalar, que aun cuando la fuente de regulación legal de la normativa alemana y española es la misma, el alcance y campos materiales de acción han sido delimitados por los legisladores de forma distinta. La ley alemana como se ha evidenciado tiene un alcance y regulación más amplia y completa que la norma española, que enfoca su atención en la igualdad de sexos.

El reconocimiento del principio antidiscriminatorio en las relaciones entre particulares establece que las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo sean efectivas. Siendo así, el legislador europeo, alemán y español no buscan eliminar la autonomía privada de las partes, sino que inician la remoción de obstáculos que se opongan para alcanzar una verdadera igualdad entre los individuos.

A pesar de que la afectación de la libertad negocial ha sido criticada por introducir limitaciones para proteger a ciertos grupos vulnerados, el reconocimiento del principio antidiscriminatorio en las relaciones entre particulares no hace más que crecer, fundamentándose en la importancia del objeto jurídico protegido. Los

¹²²³ AGUILERA RULL, Ariadna, *Contratación y diferencia... cit.*, p. 321.

tiempos actuales han cambiado y el Derecho debe evolucionar a la par de la sociedad.

La materia contractual no está ajena a los nuevos escenarios donde han de primar los derechos fundamentales de las personas. En tal sentido, la igualdad como principio y derecho cardinal debe guiar cualquier cambio en temas de Derecho. De esta manera se alcanza una eficacia inmediata en las relaciones entre privados cuando se trata de discriminaciones por cualquier razón, ya sea sexo, raza, etnia, entre otras.

Es por ello que el principio de libertad contractual ya no puede verse de igual manera, sino que ahora tiene un límite que le otorga un matiz diferente, toda vez que la libertad contractual debe respetar al mismo tiempo la igualdad de trato. Puede afirmarse entonces que, sin lugar a dudas, existe una especie de eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares en los ámbitos contemplados por el nuevo Derecho antidiscriminatorio.

5.6. El marco común de referencia (DCFR): un reconocimiento a la prohibición de discriminar en el Derecho de Contratos

El reconocimiento de la no discriminación en el *Draft Common Frame of Reference*, en adelante (DCFR)¹²²⁴, constituye la forma de reconocer el principio desde una perspectiva general en el moderno Derecho de Contratos, dejando su modificación o cualquier otra circunstancia de aplicación abierta para que su

¹²²⁴ El Marco común de Referencia, en lo adelante (DCFR), es el resultado de un proceso basado en el Derecho Comparado, que permitió establecer los principios, definiciones y reglas del Derecho Civil europeo, convirtiéndose, después de ser validadas por expertos, en el punto de partida de un marco común de referencia en las más amplias áreas del Derecho privado europeo. Sin embargo, contiene reglas que no son admitidas en todos los sistemas europeos de forma uniforme. El Marco común de Referencia se erige como una declaración de lo que la ley debiera ser, y no es una fuente directa del Derecho, si no es complementada con referencias legales y jurisprudenciales. Como su nombre lo indica, constituye un intento de formular un marco común de referencia entre las más amplias áreas del Derecho privado, que puede ser considerado fuente de inspiración para la realización de propuestas legislativas en los diferentes ordenamientos jurídicos. JEREZ DELGADO, Carmen, Principios, definiciones y reglas..., *cit.*, pp. 27 y 28; VON BAR, Christian, Eric, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, Hans, *et al.*, Principles, *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Sellier, Munich, 2009, pp. 3-18.

materialización sea real y efectiva, pues de lo contrario, podría atentarse contra el principio de libertad contractual.

Aunque la aplicación del principio en el Derecho de Contratos no es aceptada por toda la doctrina¹²²⁵, la posición defendida en esta investigación coincide con la de otros autores¹²²⁶, al concebir la incorporación del principio de no discriminación en el Derecho de contratos como un ejemplo de la constitucionalidad del Derecho privado.

El Derecho europeo constituye el primer ámbito de referencia del principio de no discriminación en la contratación entre privados, concibiéndose la aplicación de la prohibición mediante diversas directivas, a las cuales ya se ha hecho alusión anteriormente. Después de la aprobación de las Directivas, nace como un proyecto general de aplicación a las relaciones entre privados, el DCFR, cuya base legal constituye un salto importante que equipara la protección contra la discriminación en todas las relaciones contractuales; y aunque no constituyó el primer instrumento jurídico que estableció el principio de no discriminación en el ámbito de la contratación civil y mercantil, constituyó un paso de avance que traerá importantes frutos jurídicos al momento de su aplicación¹²²⁷.

El proyecto establece principios, definiciones y reglas del Derecho Civil, dentro del cual se incluye el Derecho contractual. Su aplicación no sustituye el derecho contractual nacional, sino que representa un marco de referencia para los Estados miembros de la Comunidad Europea.

¹²²⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo: Marco Común de Referencia y Derecho Español*, editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 106 y 107; VAQUER, Antoni, "El marco común de referencia", en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 252.

¹²²⁶ INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...", *cit.*, pp. 219-22; GIMÉNEZ COSTA, Ana, "El Principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el Marco Común de Referencia...", *cit.*, p. 624; MAK, Chantal, "Fundamental rights in the DCFR", en *Constitutional aspects of European private law: Freedom, rights and social justice en DCFR*, Centre for the Study of European Contract Law Working, Paper Series, No. 5, 2009, p. 85; LEHMANN, Matthias *et. al.*, "La prohibición de la discriminación en los derechos nacionales", en *Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, editorial Dykinson, Madrid, 2009, pp. 202-206.

¹²²⁷ HESSELINK, Martijn, "Common Frame of reference and social justice", *European Review Contract Law*, No. 3, 2008, pp. 248-269.

El DCFR reconoce el principio de no discriminación en su Libro Segundo titulado “Contratos y otros actos jurídicos”, donde precisamente incluye la prohibición de discriminación –*Non-discriminationen*– en la fase preparatoria del contrato, aunque su ámbito de aplicación sea mucho más amplio. Seguidamente, se incluyen las principales formas de discriminación, entre ellas la discriminación directa; indirecta; el acoso y el acoso sexual (art. II.-2:102). A continuación se regulan las excepciones justificadas de trato desigual (art. II.-2: 103); se instituyen los remedios (art. II.2:104); y, por último, se establecen las regulaciones sobre la carga de la prueba (art. II.-2:105).

La inclusión de estas reglas tendrá como resultado la aplicación concreta del principio de no discriminación al Derecho de Contratos. De esta forma, el principio se encuentra en el artículo II. – 2:101, que expresamente señala:

“Una persona tiene derecho a no ser discriminado por razón de sexo u origen étnico racial en relación con un contrato u otro acto jurídico cuyo objeto sea facilitar el acceso o el suministro a bienes, otros activos o servicios que estén disponibles al público”¹²²⁸.

Sin embargo, en el artículo no se establecen diferencias de régimen entre las discriminaciones directas o indirectas, y podrá considerarse lícito el trato diferente siempre que existe una justificación. Aunque debe tenerse en cuenta que las diferencias de trato son excepciones del principio general de no discriminación, y tendrán que interpretarse con un criterio restrictivo.

De esta forma, el DCRF establece que el principio de no discriminación repercute en todo el Derecho de Obligaciones y Contratos. Sus fundamentos se encuentran dirigidos a la inclusión de medidas legislativas más garantes a favor de las partes contractuales que en la relación jurídica son consideradas más débiles. Dentro de sus preceptos, se encuentra la necesidad de limitar la libertad contractual en atención a los derechos humanos y a las libertades básicas que alcanzan incluso, al Derecho privado.

Los motivos de discriminación reconocidos en el DCFR limitan su aplicación a las discriminaciones por razón de sexo u origen racial o étnico, dejando fuera

¹²²⁸ Vid. artículo 2:101 del Marco Común de Referencia.

otros supuestos discriminatorios como la edad, la religión o creencias, la discapacidad, la orientación sexual, entre otros¹²²⁹.

No obstante, aunque los motivos sean limitados, ello no significa que cualquier otro motivo de discriminación no esté aceptado, sino que se ha condicionado en este capítulo a estos tres motivos, quedando cualquier otro motivo susceptible de discriminación en la interpretación general del capítulo primero, artículo 1:102¹²³⁰.

Se establece también una moderación cuando se regula el derecho a no ser discriminado en los contratos para el público. Esta regulación jurídica sigue la tendencia de las directivas y el derecho contra la discriminación, en el que existe una oferta pensada en general para los clientes, lo cual demuestra que aún existe libertad de contratación y de elección en el ámbito de los contratos *intuitu personae*.

Este artículo, a diferencia de las directivas comunitarias, no se refiere sólo a los contratos, sino a cualquier tipo de acto jurídico por el que se suministren bienes, activos y servicios. Lo que significa que, sin prestar especial importancia a la fuente de la que nazca la obligación de suministrar, el principio de no discriminación será aplicable no sólo al contrato, sino también a cualquier otra fuente de las obligaciones.

Dentro de la discriminación, se establecen no sólo los actos, sino que además se incluyen aquellas conductas o situaciones en las que pueda configurarse el actuar discriminatorio, identificando de esta forma las conductas de discriminación directa; o las de disposición, criterio o práctica, cuando se habla de la discriminación indirecta¹²³¹.

¹²²⁹ Según refiere JIMÉNEZ: “No es fácil clasificar el grado de importancia de las razones de discriminación que ocurren en Europa, y si la medida no puede ser muy precisa, más vale considerar todas para proteger de mejor manera a la persona”. Vid. JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, “La protección de discriminación en las relaciones entre particulares: la evolución desde la responsabilidad extracontractual hasta los remedios por incumplimiento”, en *ADC*, tomo LXVII, fasc. II, 2014, p. 512.

¹²³⁰ GIMÉNEZ COSTA, Ana, “El Principio de no discriminación...”, *cit.*, p. 624.

¹²³¹ Vid. artículo 2:202 del Marco Común de Referencia.

De igual forma, se reconocen los deberes de igualdad de trato y las prohibiciones de no discriminar en los contratos, y justamente de allí se derivan límites generales a la autonomía privada (art. II.-2:102 DCFR). Específicamente, la libertad de elegir libremente a la otra parte contratante o la libertad de establecer el contenido del contrato, se limitan para proteger el derecho contra la discriminación. Con esta regulación se refuerza el carácter excepcional que tienen las diferencias de trato, de allí que las justificaciones de estas excepciones exigirán un criterio especial.

Por su parte, el artículo 2:103 reconoce que no habrá discriminación cuando se proporcione un trato diferenciado que esté justificado por un objetivo legítimo, siempre que los medios utilizados para conseguirlo sean apropiados y necesarios.

Una vez más en este caso deberá utilizarse la proporcionalidad para valorar y decidir cuáles son los intereses legítimos para justificar el trato desigual. Los objetivos legítimos se establecen cuando existe un valor protegido en la sociedad que no pueda ser ignorado, por ejemplo, la necesidad de resguardar la intimidad, la religión o la identidad cultural, requiriéndose que exista una prueba que justifique que la diferenciación, es el único fin para alcanzar el objetivo propuesto¹²³². Siendo así, se deberá tener en cuenta el conflicto de intereses entre el derecho a no ser discriminado por razón de sexo u origen racial o étnico, y la protección de otros intereses que merezcan especial protección por razones de decencia, privacidad, religión o identidad cultural.

Este precepto contiene una flexibilización para la valoración de una conducta como discriminatoria, al dar un tratamiento desigual a situaciones, en principio, comparables.

El DCFR establece una serie de remedios frente a la discriminación por razón de género u origen étnico. En este caso, el artículo 2:104 remite a las reglas generales de incumplimiento de las obligaciones contractuales que consideran tanto la indemnización por daño económico, como por daño moral¹²³³. Significa

¹²³² Se refiere la norma en este caso al principio de proporcionalidad. *Vid.* INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...", *cit.*, p. 221.

¹²³³ *Vid.* artículo II. -2:202 del Marco Común de Referencia.

esta regulación que la protección contra la discriminación se considera el remedio característico de la responsabilidad por incumplimiento: el cumplimiento in natura. En cada caso particular habrá que decidir si este remedio significa una protección proporcional y disuasoria contra la discriminación.

De esta forma, se establece la nulidad de los contratos que contengan preceptos contrarios a la prohibición de discriminar, y aquellos que violen los principios fundamentales (contratos inmorales). La nulidad en este caso será aplicada a los contratos que contravengan los principios reconocidos como fundamentales en la Unión Europea.

Como afirma JIMÉNEZ HORWITZ¹²³⁴, la valoración del concepto de daño moral será esencial, no obstante, será suficiente con la evaluación de la gravedad del daño por discriminación y el *quantum* indemnizatorio alcanzará también un valor importante. En tal caso, el artículo II.-2:104 DCFR permite valorar la indemnización de los daños económicos.

Entre los remedios aplicables frente al incumplimiento del contrato por motivos de comportamiento discriminatorio, pueden mencionarse la acción de daños y perjuicios; la resolución de la relación obligatoria contractual; la acción de cumplimiento bajo los requisitos generales de exigibilidad; y por último, el derecho a exigir la conclusión del contrato frente a la negativa a contratar.

Por último, el artículo 2:105 establece la carga de la prueba, introduciendo una transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE. Se reconoce la inversión de la carga de la prueba a favor del demandante siempre que presente hechos (*fumus boni iuris*) ante el tribunal de los que pueda presumirse la discriminación, excepto cuando el tribunal *ex officio* debe proceder a la investigación de los hechos.

En este caso, será la parte demandante la que deberá aportar al juez o al tribunal los elementos que comprueben la existencia y veracidad de los hechos que alega como discriminatorios, los daños causados, y la desigualdad que haya sufrido como comportamientos que quiebran su derecho a la igualdad. Por su parte, la

¹²³⁴ JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, "La protección contra la discriminación...", *cit.*, pp. 514 y 515.

demandada deberá demostrar la inexistencia de la conducta discriminatoria, o los fundamentos correspondientes que justifiquen de forma proporcional y razonada esa conducta de forma legal. En tal caso, la estimación o no de la discriminación por parte de los órganos judiciales depende, entre otros elementos, de la calidad de pruebas convincentes que haya alegado para probar los hechos controvertidos, sobre el cual se articula el comportamiento que lesiona la igualdad¹²³⁵.

No caben dudas entonces que el empleo del DCFR como regulación homogénea constituye una guía ante la disparidad normativa en lo concerniente a la discriminación en el Derecho de Contratos. Con ello, se garantizaría la concreción y continuidad uniforme de los fundamentos legales del derecho legal existente, lo que trascendería positivamente en la protección de conductas discriminatorias¹²³⁶.

El nuevo proyecto en materia de discriminación, centrado en el ámbito del Derecho privado, constituiría un paso de avance significativo, pues hasta el momento no existe en España una unificación normativa de la tutela contra la discriminación en materia de relaciones contractuales.

Su consideración de derecho opcional a los diferentes estados miembros aportaría un campo de aplicación extenso, no solo en el mercado comunitario, sino a otros ordenamientos jurídicos que todavía no reconocen específicamente la temática. Con ello, se garantizaría la efectividad del derecho antidiscriminatorio a través de un conjunto de reglas y principios específicos que constituirían el instrumento jurídico válido aplicable al ámbito del Derecho contractual.

El análisis hasta aquí realizado sobre el DCFR se tomará como ejemplo para realizar a *posteriori*, una propuesta jurídica para el ordenamiento jurídico

¹²³⁵ BURGOS GARCÍA, Olga, "La prohibición de discriminar por razón de género en el capítulo II del Proyecto de Marco Común de Referencia. Su alcance en el ámbito privado bajo la protección de un derecho contractual europeo opcional", en *Investigación y género. Inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional "Investigación y Género"*, coord. por Isabel Vázquez Bermúdez, Sevilla, 21 y 22 de junio 2012, pp. 289 y 290.

¹²³⁶ LEHMANN, Matthias *et. al.*, "La prohibición de la discriminación en los derechos nacionales", en *Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, editorial Dykinson, Madrid, 2009, pp. 202-206.

ecuatoriano en lo concerniente a la regulación del principio de no discriminación en el Derecho de Contratos.

5.7. Las diferentes manifestaciones de discriminación. Una mirada normativa y jurisprudencial de cara a su aplicación en el moderno Derecho de Contratos

La discriminación, como ya se ha estudiado, se refiere específicamente a aquellas situaciones en las que se le otorga a una persona o grupo un trato diferenciado por la existencia de determinados criterios de diferenciación prohibidos como el sexo, la raza, la religión, la discapacidad, entre otros. En tal sentido, la doctrina reconoce varias modalidades de discriminación, que si bien ya fueron abordadas desde una visión doctrinal en el capítulo 4 de este trabajo, serán analizadas nuevamente desde un enfoque normativo y jurisprudencial, a los efectos de analizar, sobre todo, su incidencia en el ámbito del Derecho de Contratos.

5.7.1. Discriminación directa e indirecta

Desde hace varios años, la preocupación constante de los Estados por poner freno a las conductas discriminatorias ha dado lugar a la promulgación de normas jurídicas que prohíben de forma contundente las diferentes conductas discriminatorias. Estas normativas ya no prohíben solamente la discriminación de forma general, sino que las prohíben tanto en el ámbito laboral como en el tráfico civil.

Se reconocen así varias manifestaciones de la discriminación, entre ellas, la discriminación directa y la discriminación indirecta, en el caso de esta última, nos permite entender que las conductas discriminatorias no siempre se manifiestan de forma explícita.

El tratamiento jurídico conceptual de la discriminación directa ha sido reconocido en varias de las Directivas Europeas, y aunque unas más actuales que otras, tienen el mismo fin, la prohibición de las conductas discriminatorias en todos los ámbitos.

Entre las primeras puede mencionarse la Directiva 76/207/CEE relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y la promoción de profesionales y a las condiciones de trabajo¹²³⁷. Esta Directiva reconoce en el artículo 2 apartado primero el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente. Y es que efectivamente, las discriminaciones que se producen en las condiciones laborales de las mujeres no suelen hacerse de forma explícita y directa, sino de forma solapada e indirecta.

En este orden, pero de manera más específica, resalta la Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba¹²³⁸, que en el artículo 2 define el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación, ya sea directa o indirecta, definiendo solamente en el segundo apartado la discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro, afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario, y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo.

Posteriormente, la Unión Europea promulgó dos directivas dirigidas a proteger a las personas por motivos de raza u origen étnico. Se trata de las Directivas 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico¹²³⁹ y la Directiva 2000/78/CE sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹²⁴⁰, que aun en vigencia, definen de forma específica la discriminación directa e indirecta.

En el año 2002 se sumaron nuevamente otras dos directivas con el objetivo de lograr erradicar la discriminación y luchar por la igualdad de oportunidades para

¹²³⁷ Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

¹²³⁸ Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

¹²³⁹ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

¹²⁴⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

todos. Nos referimos a la Directiva 2002/73/CE en lo referente a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo¹²⁴¹; y la Directiva 2004/113/CE¹²⁴² por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro. En estas Directivas, al igual que las anteriores, se introducen las definiciones de discriminación directa e indirecta. Además de ello, en el caso de la Directiva 2004/113/CE se extiende la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres a toda la contratación privada.

El principio de no discriminación regulado en estas Directivas demuestra que no sólo se extiende a las relaciones laborales o de empleo, como había entendido hasta ese momento, sino también a las relaciones contractuales es decir, en el acceso y puesta a disposición de bienes y servicios. Las Directivas analizadas se organizan sobre la base de dos grupos: por un lado, aquellas que repercuten en el Derecho del Trabajo, “Directiva marco para la igualdad de trato en el empleo, 2000” y la “Directiva de reforma” relativa a la igualdad de hombres y mujeres, 2002. Por otro lado, se encuentran aquellas de alcance general, con amplias repercusiones en el Derecho del Trabajo, “la Directiva de igualdad racial, 2000” y la “Directiva de igualdad de trato de hombres y mujeres en la contratación de bienes y servicios, 2004”.

La Directiva 2006/54/CE referente a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), se aprueba de forma sucesiva a las anteriores, y de forma similar define en el artículo 2 la discriminación directa e indirecta por razón de sexo específicamente¹²⁴³.

¹²⁴¹ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

¹²⁴² Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

¹²⁴³ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

Por su parte, la ley alemana, que unificó algunas de las directivas europeas anteriormente tratadas, como la Directiva 2000/43/CE; Directiva 2000/78/CE, Directiva 2002/73/CE y la Directiva 2004/113/CE, tiene como objetivo proteger las conductas discriminatorias que tengan lugar tanto en el ámbito laboral como en el tráfico civil, aplicándose a las conductas discriminatorias ocurridas por motivos de origen racial o étnico, o por razón de sexo, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Dentro del ámbito de actuación de la ley, puede decirse que se aplica a todos los bienes y servicios, así como los inmuebles destinados a la vivienda, para que estos sean puestos a disposición del público y de esta forma, puedan ofrecerse para la celebración del contrato elegido por las partes, sin ningún tipo de discriminación.

En ese orden, se reconoce en el artículo 3 de la AGG la discriminación directa y la discriminación indirecta. En el caso de discriminación directa, una persona debe ser tratada de forma desfavorable en relación con otra, con la que se encuentre en una situación semejante, como por ejemplo, aquella situación en la que se encuentra un inmigrante con recursos suficientes en el acceso a un alquiler de vivienda que haya sido ofertado al público. Para la segunda, se deben considerar aquellos tipos de medidas o actuaciones adoptadas por el sujeto agente que pese a su apariencia neutral, puedan perjudicar a ciertas personas por cualquiera de los motivos amparados en la ley.

El legislador español incorporó también en la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad entre hombres y mujeres el concepto de discriminación directa e indirecta¹²⁴⁴. En tal sentido el artículo 6 de la Ley establece:

Discriminación directa e indirecta.

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición,

¹²⁴⁴ Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE No, 71, de 23 de marzo de 2007).

Capítulo V. La incorporación del principio de no discriminación en el moderno derecho de contratos. Especial referencia al ordenamiento jurídico ecuatoriano

criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Esta nueva concepción en la regulación de la discriminación directa e indirecta a través de diferentes disposiciones normativas, establece nuevas disposiciones sobre los comportamientos que deben quedar prohibidos, pues diseña un concepto de discriminación que se separa en un modo significativo del que se construyó a lo largo del tiempo, y se dirige a nuevos ámbitos considerados en las relaciones laborales y de empleo (educación, sanidad, asistencia social y acceso al crédito, a los servicios y a la vivienda). Con ello se justifican las medidas de acción positiva a la luz de un principio de igualdad sustancial que encuentra por primera vez reconocimiento expreso en el ordenamiento comunitario.

En el orden jurisprudencial, para el derecho español, la formulación de la discriminación indirecta no es nueva, la Sentencia 145/1991 fue la primera en España que desarrolló este concepto estableciendo que la prohibición de discriminación por razón de sexo reconocida en el artículo 14 del texto constitucional comprende no sólo la discriminación directa, sino también la indirecta. Así ha dicho:

Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo¹²⁴⁵.

Hay que decir, sin dudas, que esta Ley traspone al Derecho español dos Directivas, específicamente la Directiva 2002/73/CE y la Directiva 2004/113/CE, que reflejan de una manera contundente la preocupación por proteger la situación de las mujeres ante situaciones de desigualdad. De igual forma se tomó en cuenta la Directiva 97/80/ relativa a la carga de la prueba en los casos de

¹²⁴⁵ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 145/1991, de 1 de julio (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1991).

discriminación por razón de sexo, reconociendo la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el artículo 6.

Esta Ley, como afirmó VALPUESTA FERNÁNDEZ¹²⁴⁶, hace referencia a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, haciendo especial énfasis en que la igualdad entre ambos sexos constituye una realidad en todos los ámbitos de la vida. Se trata de una norma legal con carácter general que rige para todas las obligaciones que vinculan a las personas, ya sean físicas o jurídicas, pública o privadas, independientemente de su nacionalidad, con el fin de que no quede ningún sector exento del principio de igualdad efectiva.

De igual forma, aparece la Propuesta de Directiva de 2008 del Consejo, cuyo objetivo principal ha sido completar el marco jurídico de la Unión Europea (UE) en lo referente al principio de igualdad de trato establecido por las directivas anteriormente citadas, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual¹²⁴⁷. La propuesta tiene como ámbito de actuación la prohibición de discriminación a todas las personas, ya sea en el sector público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación a varios sectores dentro de los que se incluyen la protección social (seguridad social y la asistencia sanitaria), los beneficios sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios y su suministro, como la vivienda y los transportes.

Por su parte, se aprueba también la Directiva 2010/41/UE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo¹²⁴⁸. Con ello, siguiendo los patrones anteriores, se establece que el principio de igualdad de trato significa que no se practicará discriminación alguna por razón de sexo

¹²⁴⁶ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, "La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres...", *cit.*, p. 264-275.

¹²⁴⁷ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

¹²⁴⁸ Directiva 2010/41/UE Del Parlamento europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

en los sectores público o privado, ya sea de forma directa o indirecta, con lo cual reconoce ambos tipos de discriminación.

Por último, no puede dejar de mencionarse el Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación en España, en el que también se reconocen ambos tipos de discriminación. De esta forma, el artículo 5 establece que la discriminación directa es aquella situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga o comparable; y la discriminación indirecta aquella que se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras.

En el ámbito jurisprudencial, puede decirse que el primer asunto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo adelante TJCE) decidió sobre un supuesto de discriminación indirecta fue el asunto *Jenkins c. Kingsgate*¹²⁴⁹. En este caso, el TJCE estableció que el hecho de pagar menor remuneración a los trabajadores a tiempo parcial, que a los laborantes a tiempo completo, suponía una discriminación. Lo que realmente no era otra cosa que un medio

¹²⁴⁹ El primer asunto en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas decidió sobre un supuesto de discriminación indirecta fue el asunto *Jenkins c. Kingsgate* (TJCE, Sentencia de 31 de marzo de 1981, As. 96/80, Rec. 1981, p. I 911). La Sra. Jenkins, quien trabajaba a tiempo parcial para *Kings Gate* demandó a su empleador ante el Tribunal Industrial por pagarle un salario por hora un 10% menor que a sus compañeros masculinos, que trabajaban a tiempo completo. Esto atentaba, según ella, contra la *Equal Pay Act* de 1970, que establecía que hombres y mujeres debían recibir la misma remuneración si realizaban el mismo trabajo y ocupaban el mismo puesto. El Tribunal Industrial desestimó la demanda. La demandante interpuso recurso de apelación ante el *Employment Appeal Tribunal*, que el 25 de febrero de 1980 el planteó cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 75/117/CEE al TJCE. El *Employment Appeal Tribunal* preguntó si el Artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE exigía que la remuneración por hora trabajada fuera idéntica, independientemente de si se trataba de un trabajador a tiempo parcial o completo. El tribunal determinó lo siguiente: “Una diferencia de retribución entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial sólo constituye una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado y sí es en realidad un medio indirecto para reducir la cuantía de la retribución de los trabajadores a tiempo parcial, en razón del hecho de que este grupo de trabajadores está integrado, de manera exclusiva o preponderante, por mujeres. En la medida en que el Juez nacional pueda determinar, por medio de los criterios de identidad de trabajo y de igualdad de retribución, sin que sea necesario recurrir a medidas comunitarias o nacionales, que el hecho de remunerar el trabajo a tiempo parcial con una retribución por hora de trabajo inferior a la del trabajo a tiempo completo constituye una discriminación por razón del sexo, el artículo 119 del Tratado es directamente aplicable a dicha situación”.

indirecto de disminuir el nivel de remuneración de los trabajadores a tiempo parcial, por ser estos principalmente mujeres.

De este análisis puede concluirse que el elemento clave para la definición de la discriminación indirecta es la desventaja particular, analizada a través de grupos de comparación, que pueden formarse atendiendo a dos criterios: uno aparentemente neutral, elegido por la disposición cuestionada y, el otro, conforme al criterio prohibido. Los grupos de comparación deben ser, en todo caso, lo suficientemente amplios como para descartar la posibilidad de que los datos sean expresión de fenómenos meramente fortuitos.

La jurisprudencia más importante sobre esta temática proviene del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en cuyos fallos se atienden frecuentemente casos de discriminación indirecta por razón de género, referidos a ámbitos como el salario¹²⁵⁰, protección contra el despido¹²⁵¹, prestaciones sociales¹²⁵², condiciones de trabajo¹²⁵³, promoción profesional, acceso al empleo¹²⁵⁴ y cálculo de la pensión de jubilación¹²⁵⁵.

De igual forma, vale la pena destacar un caso reciente ocurrido en España en el que se estableció recurso de amparo por parte de la accionante, quien solicitó la reducción de jornada por cuidado de sus dos hijos menores. Sin embargo, aunque obtuvo de la empresa la reducción, esta se realizó mediante un cálculo tal que no se le ha minorado el número de horas trabajadas en cada jornada diaria o en cada guardia, sino el número anual de días de trabajo y de guardias. Disconforme con el cálculo de su jornada realizado por la empresa, y tras ver desestimada la reclamación previa, la recurrente formuló demanda en vía

¹²⁵⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-171/88, de 13 de julio de 1989, asunto Rinner-Khün; Tribunal Constitucional de España, Sentencia 145/1991, de 1 de julio (BOE núm. 174, de 22 de de juliol de 1991) y Sentencia 147/1995, de 16 de octubre (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995).

¹²⁵¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-189/91, de 30 de noviembre de 1993, asunto *Kirsammer-Hack*.

¹²⁵² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-116/94, de 13 de julio de 1995, asunto *Meyers*.

¹²⁵³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-1/95, de 2 de octubre de 1997, asunto *Gerster*.

¹²⁵⁴ Tribunal Supremo español, Sentencia 476/2000, 4 de mayo y Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Sentencia C-409/16, de 18 de octubre de 2017, asunto *Kalliri*.

¹²⁵⁵ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 91/2019, de 3 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019).

judicial, en materia de reducción de jornada en la que acumuló la acción de daños y perjuicios y la reclamación de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. La disconformidad se fundaba en que el cálculo infringía el artículo 14 de la Constitución, por constituir una desigualdad de trato entre trabajadoras a tiempo completo y trabajadoras con jornada reducida, pues se computaba de forma diferente los salientes de guardia aplicando a su caso una doble reducción.

La sentencia que resuelve el caso reconoce que al calcular la reducción de jornada por cuidado de hijos, la empresa realizó un cómputo de los “salientes de guardia” que quebranta los referidos derechos fundamentales, ya que por un mismo trabajo (guardias obligatorias de diez horas) las trabajadoras con jornada reducida obtienen un menor tiempo de descanso retribuido. En el caso, el Tribunal alegó lo siguiente:

La fórmula de cómputo de la reducción de la jornada de trabajo por motivos de guarda legal para el cuidado de los hijos menores (i) vulnera el derecho a la igualdad, ya que siendo comparable la situación subjetiva de quienes hacen un servicio de guardia de idéntica duración, entonces carece de justificación objetiva y razonable que se genere un descanso retribuido diferenciado, derivado de la realización de unas guardias que, aun en menor número por haber una reducción de jornada por el cuidado de hijos menores, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores; y (ii) vulnera la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo porque, aunque la fórmula de cómputo es formalmente neutra, supone un trato peyorativo en las condiciones de trabajo de un número mayor de mujeres que de hombres, consecuencia del ejercicio de un derecho asociado con la maternidad como es el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos (...) ¹²⁵⁶.

Una vez realizado el análisis normativo y jurisprudencial entre la discriminación directa e indirecta, se infiere que la distinción radica en el supuesto de hecho. De tal manera, en la discriminación directa lo relevante es el tratamiento distintivo y

¹²⁵⁶ Vid. Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 129/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 3362-2019, (BOE núm. 289, de 2 de noviembre de 2020). Sobre el mismo asunto se pronuncian varias Sentencias del Tribunal Constitucional de España: Sentencia No. 68/2020, de 16 de noviembre de 2020, Recurso de amparo 2587-2019 (BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020). Sentencia No. 90/2020, de 20 de julio de 2020. Recurso de amparo 1102-2019 (BOE núm. 220, de 15 de agosto de 2020); Sentencia No. 120/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 1101-2019 (BOE núm. 289, de 2 de noviembre de 2020); Sentencia No. 124/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 1767-2019 (BOE núm. 289, de 2 de noviembre de 2020); la Sentencia No. 128/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 3137-2019 (BOE núm. 289 de 21 de septiembre de 2020) y la todas ellas recurren conductas discriminatorias en el cálculo de jornada reducida, alegando vulneración de los derechos a la igualdad ante la ley y a no padecer discriminación por razón de sexo.

desfavorable; mientras que, en la discriminación indirecta, lo trascendente es el resultado adverso.

Esta diferenciación entre un tipo de discriminación y otra¹²⁵⁷ se evidencia en la sentencia del caso *Griggs v. Duke Power Company* de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹²⁵⁸. En la decisión, la discriminación directa se configura como un tratamiento perjudicial fundado en la presencia de determinadas categorías indicativas de un trato injustificado y poco razonable. Por su parte, la discriminación indirecta se manifiesta en actos, criterios o prácticas, supuestamente neutros, que afectan a un determinado grupo de individuos por pertenecer a una categoría.

Vale la pena recalcar que, en la discriminación directa se configura un trato desigual hacia las personas, con base a las categorías protegidas, sin perseguir un fin legítimo, o persiguiéndolo, mediante el empleo de medidas desproporcionadas para obtenerlo. En tanto, la discriminación indirecta produce como resultado el trato desigual, con impacto discriminatorio hacia ciertas personas, aun cuando no sea posible probar la intencionalidad de la medida¹²⁵⁹.

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional de España mediante la sentencia No. 145/1991¹²⁶⁰ ha planteado lo siguiente:

(...) Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos

¹²⁵⁷ HEPPLÉ, Bob, *Equality, The new legal Framework*, Hart Publishin, Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. 65.

¹²⁵⁸ ESPARZA REYES, Estefanía G, *El derecho fundamental a la igualdad como no subordinación: un planteamiento de interpretación constitucional*, Universidad de Castillas-La Mancha, Ciudad Real, 2012, p. 65.

¹²⁵⁹ CABALLERO OCHOA, José Luis y Marisol AGUILERA CONTRERAS, "Nuevas tendencias del derecho a la no discriminación a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en relación con México", AA.VV., *Hacia una razón antidiscriminatoria. Estudios analíticos y normativos de la igualdad de trato*, GONZÁLEZ LUNA CORVERA, Teresa y Jesús, RODRÍGUEZ ZEPEDA (coord.), Sección III Derecho y no discriminación, Segob, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, RINDIS, México DF., 2014, p. 137.

¹²⁶⁰ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 145/1991, de 1 de julio (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1991).

Capítulo V. La incorporación del principio de no discriminación en el moderno derecho de contratos. Especial referencia al ordenamiento jurídico ecuatoriano

razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo (...)

En Ecuador, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido de ambos tipos de discriminación, los cuales podrán ser tomados en cuenta como referentes jurisprudenciales a seguir ante la ausencia de una norma específica que defina el contenido de ambos tipos de discriminación: En ese sentido ha sostenido que:

La norma constitucional del artículo 11, numeral 2, prohíbe tanto una discriminación directa, que tiene por objeto, y una discriminación indirecta que tiene por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce, o adquisición de los derechos. La discriminación directa que tiene por objeto es una discriminación expresa, directa, valga la redundancia, y explícita; en tanto que la discriminación indirecta que tiene por resultado es una discriminación que a primera vista aparece como neutral o invisible, pero que es irrazonable, injusta y desproporcional¹²⁶¹.

Con respecto a la discriminación indirecta, la misma sentencia ha dicho:

A pesar de que no son pocos los casos en que no se hace una alusión directa o uso directo de estas categorías sospechosas para realizar tratos diferentes irrazonables, lo cual implicaría una actitud abiertamente inconstitucional, la discriminación indirecta que tiene por resultado es cada vez más frecuente, dado el ropaje o apariencia de buen derecho que comporta recurrir a criterios o categorías aparentemente justificables por parte del Estado o de los particulares, que en el fondo implican un trato discriminatorio¹²⁶².

De igual forma, en un solo pronunciamiento ha hecho referencia a ambos tipos de discriminación:

En tal virtud, quien acude a estas categorías o factores sospechosos para establecer diferencias en el trato, se presume que ha incurrido en una conducta arbitraria(...) la norma constitucional del artículo 11 numeral 2 prohíbe tanto una discriminación directa (...) y una discriminación indirecta (...) La discriminación directa que tienen por objeto es una discriminación expresa, directa, valga la redundancia, y explícita; en tanto que la discriminación indirecta que tiene por resultado es una discriminación que a primera vista aparece como neutral o invisible, pero que es irrazonable, injusta y desproporcional (...) ¹²⁶³

¹²⁶¹ Vid. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, de fecha 9 de octubre de 2016.

¹²⁶² *Idem*.

¹²⁶³ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 008-17-SCN-CC, Caso 0175-13-CN, de fecha 13 de diciembre de 2017.

Puede concluirse entonces que la discriminación directa exige que exista una situación comparable, es decir, que una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en razón de alguna de las categorías prohibidas. Por ello se trata de una situación en la que siempre exigirá la comparación entre dos realidades, por un lado, la realidad de la persona que ha discriminado, y la de aquellos que, encontrándose en su misma escala o nivel no lo hayan sufrido. Por otro lado, la discriminación indirecta supone la existencia de una medida aparentemente neutral, pero que de igual forma afecta a determinadas personas.

5.7.2. Discriminación por indiferenciación

Con respecto a la discriminación por indiferenciación puede decirse que, a pesar del reconocimiento de este flagelo por la instancia europea de justicia¹²⁶⁴, la figura ha sido rechazada en varias sentencias del Tribunal Constitucional de España, como la No. 69/2007¹²⁶⁵. La resolución judicial de referencia dirimió un conflicto de discriminación en el que una viuda, de origen gitano, estableció su reclamo al amparo del artículo 14 de la Constitución española, alegando su derecho al reconocimiento del matrimonio celebrado con su pareja bajo las tradiciones de su origen étnico. En este caso, la Corte señaló:

(...) el artículo 14 de la Constitución Española no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que contiene, además, una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los motivos o razones que dicho precepto prevé (...), resulta ajeno al núcleo de protección del artículo 14 de la Constitución Española la discriminación por indiferenciación, al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni amparar la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual.

De la interpretación que la Corte Constitucional realizara del citado artículo 14, resultó evidente su negativa al reconocimiento de la discriminación por indiferenciación, en el entendido de que su acogida rompería con el principio de igualdad formal. Otro ejemplo del rechazo de la jurisprudencia española al

¹²⁶⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de abril de 2001, asunto Thlimmenos contra Grecia.

¹²⁶⁵ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 86/1985, de 10 de julio (*BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985*); Tribunal Constitucional de España, Sentencia 135/1992, de 5 de octubre (*BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992*); Tribunal Constitucional de España, Sentencia 117/2006, de 24 de abril (*BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2006*); Tribunal Constitucional de España, Sentencia 69/2007, de 16 de abril (*BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2007*).

reconocimiento de la protección contra esta forma de discriminación se encuentra en la Sentencia No.117/2006, cuando refiere: “en defecto de dicha regulación diferenciadora, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del artículo 14 Constitución española”¹²⁶⁶.

La posición de la jurisprudencia expuesta impide la interdicción de la identidad de regulación. Según esta interpretación, la indiferenciación queda protegida por influjo del principio de igualdad, individualizado en el artículo 14, sin aportar más explicaciones ni justificaciones. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional no ha hecho la menor referencia a la doctrina *Thlimmenos*, ni ha explicitado razón alguna por la que considere mejor su punto de vista restrictivo acerca de la discriminación¹²⁶⁷.

Del análisis de los criterios jurisprudenciales se colige que, la no aplicabilidad de la discriminación por indiferenciación en España se fundamenta, de forma muy cuestionable, en la presunta repercusión que su reconocimiento tendría en los órdenes normativo y judicial. En tal sentido, se sostiene que el intento por justificar la distinción entre los supuestos y sus consecuencias jurídicas, al amparo de un criterio de diversidad, supone romper con el principio de igual trato, lo que en esencia conllevaría a un tratamiento desigual no previsto en la legislación española.

En Perú, la sentencia del caso JANE CÓSAR y otros se refirió expresamente a la discriminación por indiferenciación¹²⁶⁸. En el caso, los demandantes interpusieron demanda de amparo contra Supermercados Peruanos S.A. Plaza Vea (en adelante, el Supermercado), solicitando que; en atención a su condición de invidentes, se les permitiera ingresar en todas sus cadenas de tiendas a nivel nacional en compañía de un animal de asistencia (perro guía). Los demandantes sostuvieron que la prohibición de ingreso a los supermercados en compañía de un animal de asistencia viola sus derechos al libre desarrollo y bienestar, a la

¹²⁶⁶ Vid. Tribunal Constitucional de España, Sentencia 117/2006, de 24 de abril (BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2006).

¹²⁶⁷ COBREROS MENDAZONA, Edorta, “Discriminación por indiferenciación...”, *cit.*, p. 75.

¹²⁶⁸ Tribunal Constitucional de Perú, Caso Expediente No. 2437-2013-PA/TC, de fecha 16 de abril de 2014.

libertad de tránsito, a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, a la igualdad y no discriminación, a la accesibilidad y movilidad personal conforme a los artículos 9 y 20 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificado por el Estado peruano ante Resolución Legislativa No. 29127.

El Tribunal, al resolver el caso, consideró que la decisión del supermercado de impedir de manera general el ingreso de animales, sin exceptuar de dicha regla a los perros guía, constituía un acto de discriminación por indiferenciación en perjuicio de las personas con discapacidad visual. En consecuencia, declaró fundada la demanda bajo los siguientes argumentos:

A los efectos de determinar la entidad de la intervención en los derechos a la igualdad y a la no discriminación, el Tribunal debe precisar que en el presente caso no está en cuestión la decisión del Supermercado de impedir, de modo general, el ingreso de animales a las personas con discapacidad o sin ella. En la demanda no se denuncia que el Supermercado tratase igual a dos grupos de personas [personas con discapacidad y personas sin discapacidad] que no están una misma situación jurídica, y que en la no realización de un trato diferenciado en aquellos supuestos en los que es preciso hacerlo, se encuentra la discriminación (por indiferenciación).

Tal intervención constituye una discriminación por indiferenciación, porque al impedir a este sub grupo de personas con discapacidad (visual) el goce y ejercicio de ajuste razonable establecido por el artículo 1° de la Ley No. 29830 [Cf. art. 2° d la Convención y Fund. Jur. No. 18 de esta sentencia], tratando de manera igual lo que no lo es, el Supermercado omitió brindar un tratamiento diferenciado que se justifica las necesidades especiales de las personas con discapacidad visual.

Con relación al tema, el Tribunal Constitucional de Perú también se ha referido a la discriminación por indiferenciación en otras sentencias¹²⁶⁹. Así, por ejemplo, ha señalado que:

La igualdad jurídica presupone (...) dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación).

¹²⁶⁹ Tribunal Constitucional de Perú, Caso Expediente No. 01423-2013-PA/TC, de fecha 9 de diciembre de 2015; Caso Expediente Exp. 7357-2013-PA/TC, de fecha 16 de septiembre de 2014.

Después del análisis realizado, puede concluirse que la discriminación por indiferenciación también puede manifestarse en los casos de acceso a los establecimientos abiertos al público, en los que, los ordenamientos jurídicos deberán tomar las medidas necesarias no solo desde el Derecho Público, sino también desde el Derecho Privado, para permitir que las personas que tengan discapacidad, o se encuentren en cualquiera de las demás categorías prohibidas, tengan un acceso efectivo y no discriminatorio al ámbito de los servicios en cualquiera de sus manifestaciones.

5.7.3. Discriminación errónea, oculta y por asociación

La Observación General 3 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconocen la discriminación contra personas a causa de su asociación con otra en estado de discapacidad¹²⁷⁰. Con ello, se brinda amparo legal a posibles reclamaciones de los sujetos afectados por este tipo de comportamientos denigrantes. Es válido señalar que, aunque la Observación solo especifica la asociación con supuestos de discapacidad, es posible extenderla para el resto de las causales de discriminación.

En lo que se refiere al derecho español vigente, no puede dejar de mencionarse el reconocimiento expreso de la discriminación por asociación y de la discriminación por error que ha hecho el Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de trato y la no discriminación. De esta forma, en el artículo 6, apartado primero se expresa lo siguiente: “Existe discriminación por asociación cuando una persona, debido a su relación con otra sobre la que concurra una de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley, es objeto de un trato discriminatorio”. Por su parte, el segundo apartado refiere: “La discriminación por error es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona discriminada”.

¹²⁷⁰ Organización de las Naciones Unidas, Observación General No. 3, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 25 de noviembre de 2016. Establece que: “La discriminación por asociación es la discriminación contra personas a causa de su asociación con una persona con discapacidad. Las mujeres que desempeñan una función de cuidadoras suelen sufrir discriminación por asociación. Por ejemplo, la madre de un niño con discapacidad puede ser discriminada por un posible empleador que teme que sea una trabajadora menos comprometida o que esté menos disponible a causa de su hijo”.

En el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, existe una regulación expresa de la discriminación por asociación y en la Ley Orgánica de Discapacidades de 2012¹²⁷¹, a partir de la cual se prohíbe la supresión de los puestos de trabajos de las personas que tengan bajo su guarda a un discapacitado¹²⁷². Esta normativa es confirmatoria de la tendencia internacional a reconocer dicha modalidad de discriminación, en supuestos donde quienes se ven afectados por el tratamiento diferenciado y perjudicial tienen relación con personas discapacitadas.

Por otra parte, el reconocimiento de la discriminación por asociación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se produjo al dirimirse el caso *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*. En la decisión final, la Corte determinó que la protección frente a la discriminación de una persona discapacitada se extendía a su madre, la que había sido despedida bajo el argumento de las ausencias o llegadas tarde al trabajo motivadas por la necesidad de cuidar a su hijo discapacitado¹²⁷³.

El tratamiento jurisprudencial de esta manifestación de vejamen se aprecia en la sentencia No. 98/2003 del Tribunal Constitucional de España. En su resolución, dicho órgano estimó el amparo presentado por una trabajadora que ocupaba la jefatura de la secretaría de un consejero regional, la que fue despedida bajo la justificación de haber cometido errores e incumplimientos en el desempeño de sus funciones, sin embargo, su despido se debía al hecho de encontrarse embarazada¹²⁷⁴.

Es meritorio destacar también la Sentencia 882/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Canarias, Sala de lo Social. Dicho órgano juzgador conoció

¹²⁷¹ Ley Orgánica de Discapacidades de 2012, Registro Oficial No. 796, martes 25 de septiembre del 2012.

¹²⁷² El artículo 51 de la ley establece: "(...) Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional".

¹²⁷³ Vid. Corte Europea, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de julio de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal - Reino Unido) - *S. Coleman/ Attridge Law, Steve Law*, Asunto C-303/06, Diario Oficial de la Unión Europea, Serie L, Número: 223, 30/08/2008, pp. 6 y 7.

¹²⁷⁴ Vid. Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 98/2003, de 2 de junio (BOE núm. 156, de 1 de julio de 2003).

el asunto en Recurso de Suplicación por el despido de una trabajadora cuya pareja era miembro del Comité Sindical de la Empresa, quien en el desarrollo de sus funciones había realizado varias denuncias ante el Instituto de Trabajo y Seguridad Social en España. El Tribunal, una vez realizadas las valoraciones pertinentes, comprobó la existencia de un caso de discriminación por asociación del que la trabajadora era víctima, pues los directivos de la empleadora extendieron a la pareja sentimental de la activista sindical y denunciante, los efectos del conflicto laboral sostenido con aquella, y procedieron a cesarla de su empleo como represalia¹²⁷⁵.

Con respecto a nuestro hemisferio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció el caso *González Lluy y otros v. Ecuador 2015*¹²⁷⁶, que luego será analizado en sus detalles centrales. A los fines de este acápite, es conveniente señalar que los magistrados, si bien ventilaban un asunto de discriminación contra una niña, a quien se le negó el acceso a un centro de educación por estar contagiada con VIH-SIDA, pudieron comprobar que la madre de la menor fue despedida de su empleo por tener una hija con una enfermedad crónica. De igual modo, cuando intentó desempeñarse en otros trabajos, también fue despedida una vez conocida la condición de su hija, lo que demuestra la existencia de discriminación por asociación.

Puede sostenerse entonces que este tipo de discriminación también puede manifestarse en las relaciones contractuales cuando el actuar discriminatorio de una parte de la relación jurídica se base en una presunción acerca de otra persona que no es fácticamente correcta (por ejemplo, impedirle a una persona el acceso a un bar por pensar que es gay sin serlo), o cuando la conducta de una persona disimula la verdadera voluntad de discriminar, por ejemplo, la negativa de arrendarle una vivienda a un indígena, justificando la negativa de que ya ha sido arrendada a otra persona, cuando realmente no es verdad; y por último, aquellas que sufren algunas personas por su relación con otras de

¹²⁷⁵ Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Canarias, Sala de lo Social, Sentencia 882/2019, de 29 de agosto de 2019, en Base de Datos de Norma CEF Laboral Social, en www.laboral-social.com.

¹²⁷⁶ *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos caso *González Lluy y otros vs Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015, párrafo 290.

características especiales, por ejemplo, cuando se le niega el trabajo a una mujer porque su esposo padece de una discapacidad severa que pudiera impedirle el normal cumplimiento de sus actividades laborales, en caso de tener que faltar al trabajo para cuidarlo.

5.7.4. Discriminación múltiple

Como ya se ha explicado, la discriminación múltiple es aquella situación en la que una persona es discriminada por diferentes razones prohibidas, las cuales se producen en diferentes momentos. Se analizará en este apartado el reconocimiento normativo que la figura ha ido recibiendo, pues como se evidenciará, el legislador paulatinamente se ha hecho consciente de la problemática que entraña.

En ese contexto, con la aprobación de la Directiva 2000/43/EC y la Directiva 2000/78/EC relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación se reconoce, aunque no específicamente desde su articulado, sino únicamente en sus considerandos, el concepto de discriminación múltiple, como también lo hace la Decisión del Consejo 2000/750/CE¹²⁷⁷, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación, y se afirma que las mujeres son a menudo víctimas de discriminaciones múltiples.

De esta forma, la Directiva 2000/43/EC señala que: “En la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples (considerando 14).

Por su parte, en la Directiva 2000/78/EC se expresa que: “En la aplicación del principio de igualdad de trato, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el

¹²⁷⁷ Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2000 por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) (2000/750/CE).

fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular teniendo en cuenta que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples (considerando 3).

Como afirma SALOMÉ RESURRECCIÓN¹²⁷⁸, ambas directivas, la 2000/43/EC y la 2000/78/EC, constituyeron un avance para el Derecho Comunitario que anteriormente había estado centrado de manera casi exclusiva en el género y en el empleo, lo cual representa un giro copernicano en la manera de afrontar la lucha contra la discriminación en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. De esta forma, la Directiva 2000/43 supone trascender al empleo y abarcar nuevos ámbitos de aplicación, como los bienes y servicios o la vivienda y, por otro, ambas regulan la discriminación que se produce por otros rasgos diferentes del género, como el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, precisamente aquellos rasgos recogidos, junto al sexo, en el artículo 13 del Tratado.

En España, por ejemplo, la Constitución no hace mención expresa a la combinación de dos o más motivos de discriminación. Sin embargo, el artículo 14 de la Constitución española establece un sistema abierto de regulación de otras formas de discriminación no enumeradas expresamente al establecer: “Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

La concepción de la fórmula de reconocimiento abierto a otras formas de discriminación no enumeradas reflejada en la parte final del artículo 14 de la Constitución española, ha constituido un punto de avance en la protección frente a la discriminación múltiple. No obstante, podría incluirse en la norma una referencia expresa a través de un precepto en el que se especifique que podrá acontecer una discriminación basada en dos o más motivos¹²⁷⁹.

¹²⁷⁸ SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María, “La discriminación múltiple como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación”, en *Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional*, Lima, 2015, p.p. 96 y 97.

¹²⁷⁹ Respecto a la necesidad de que se establezca un reconocimiento de la discriminación múltiple en las políticas públicas españolas. HERRANZ MUELAS, Cristina, “Género, inmigración y

No obstante, Ley Orgánica 3/2007 reconoce en la exposición de motivos (sección II) que se protegen los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan una especial vulnerabilidad, como son aquellas que pertenecen a minorías, las migrantes y las mujeres con discapacidad. De esta forma, si bien ninguno de sus artículos define la discriminación múltiple, aparece el concepto de doble discriminación.

De igual forma, el artículo 20 sobre la adecuación de las estadísticas y estudios se refiere expresamente al concepto discriminación múltiple en el tenor siguiente: “Al objeto de hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta Ley y que se garantice la integración de modo efectivo de la perspectiva de género en su actividad ordinaria, los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán: (...) c) Diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención”. Con ello puede afirmarse que el concepto de discriminación múltiple ha sido reconocido, aunque en ella no se aporten soluciones específicas para estos casos.

Por último, el reconocimiento de la discriminación múltiple en el ordenamiento jurídico español se ha plasmado en el Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, lo cual constituye un resultado significativo, donde ciertamente, supuestos de doble discriminación han abundado, sin encontrar respaldo normativo en una ley como la que ahora se presenta.

En tal sentido, el artículo 7 establece:

1. Se produce discriminación múltiple cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación.
2. En supuestos de discriminación múltiple, la justificación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del artículo 4, debe darse en relación con cada una de sus causas.
3. Igualmente, en supuestos de discriminación múltiple las medidas de acción positiva contempladas en el artículo 11 de esta Ley, deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación.

discriminación múltiple. Un enfoque interseccional de las políticas públicas españolas”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 32, 2015, pp. 239-247.

De igual forma, el artículo 32 del citado Anteproyecto dedicado a las “Estrategias Estatales para la Igualdad de trato y la No Discriminación”, dispone en el inciso 4, literal c) que se “Prestará especial atención a las discriminaciones múltiples que por su propia naturaleza suponen un ataque más grave al derecho a la igualdad de trato y no discriminación”.

De un análisis integral del Anteproyecto puede concluirse que el reconocimiento de esta clase de discriminación podría traer consigo las siguientes consecuencias prácticas:

- 1) Teniendo en cuenta que no toda diferencia de trato constituye una discriminación, para aquellos supuestos en los que se sospeche de la existencia de discriminación múltiple, se deberá justificar la diferencia de trato de cada una de las causas de discriminación que se manifiesten (*Vid.* artículo 7, inciso 2).
- 2) En aquellos supuestos en los que se demuestre la existencia de una discriminación múltiple, las medidas de acción positiva que se pongan en práctica deben enfocarse a cada una de las causas de discriminación (artículo 7, inciso 3).
- 3) Y, por último, en cuanto a las infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación para este tipo de discriminación, el Título IV del Anteproyecto establece en el artículo 45 dedicado al “Criterio de graduación de las sanciones”, segundo apartado que: “Si en la infracción cometida concurre un supuesto de discriminación múltiple, previsto en el artículo 7.1 de esta Ley, la sanción podrá imponerse en la cuantía máxima del grado que corresponda”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha utilizado el concepto de discriminación múltiple o interseccional en el Caso *B. S. v. España*, referente a la discriminación de una mujer de origen nigeriano con residencia regular en España, que ejercía la prostitución. El reclamo de la persona se sustentó en los malos tratos recibidos por unos policías que se dirigieron a ella empleando términos groseros y denigrantes, alusivos a la actividad que desarrollaba y el color de su piel, obligándola a abandonar el lugar. La accionante presentó su requerimiento ante los Juzgados de Instrucción No. 8 y 2 de Palma de Mallorca, respectivamente. Dichos tribunales sobreseyeron el caso alegando falta de

evidencia, luego de negarse a aceptar las pruebas propuestas por la víctima. Finalmente, el asunto fue tramitado ante el TEDH, instancia que concedió la razón a la accionante e identificó un hecho de discriminación múltiple, al concurrir dos factores que, relacionados entre sí, configuraban una forma específica de segregación¹²⁸⁰.

Otro ejemplo del actuar del TEDH es el caso *Arvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*. En este conflicto, la demandante alegó un supuesto de discriminación, donde el tribunal nacional redujo arbitrariamente el monto indemnizable por los daños ocasionados en una operación negligente, bajo el argumento de que la sexualidad de la parte actora no era tan importante porque esta tenía 50 años de edad. La Corte falló en favor de la agraviada y reconoció la discriminación ocasionada como múltiple, al concurrir una violación por razón de género y edad¹²⁸¹.

El Tribunal Constitucional de España empleó el término en la Sentencia No. 3/2018. En esta resolución, analizó la discriminación de que fue objeto una persona con discapacidad psíquica del 60%, a quien le fue negada una plaza en una residencia de atención para personas con su tipo de discapacidad, sustentado en el criterio de que para acceder a dicha residencia se requiere ser mayor de 60 años. El Tribunal identificó la discriminación por razón de discapacidad y por razón de edad, pues la negativa de acceso a la asistencia médica del centro especializado se amparó en estos dos factores. Por tanto, en opinión de la Corte:

(...) la edad es una segunda causa de discriminación que no desplaza sino que se suma a la anterior –la discapacidad- (discriminación múltiple) en cuanto el recurrente no va a tener la atención que necesita, tanto para su salud como para su integración social, frente a quienes en su misma situación de discapacidad sí disponen de dicha asistencia únicamente por no tener 60 años¹²⁸².

¹²⁸⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia *B. S. contra España*, Caso No. 47159/08, de fecha 25 de julio de 2012, *Cit pos*, STOFFELS, Ruth Abril, “El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo (TEDH – Sentencia de 25.07.2012, B. S. contra España, 47159/08 – arts. 3 y 14 CEDH – tratos inhumanos o degradantes –prohibición de discriminación – deber de investigar en profundidad alegaciones de malos tratos de la policía)”, en *Revista de Derecho comunitario Europeo*, No. 44, Madrid, enero/abril 2013, pp. 309-326.

¹²⁸¹ European Court of Human Rights, caso *Arvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, Application No. 17484/15, 20 of June 2017.

¹²⁸² *Vid.* Tribunal Constitucional de España, Sentencia 3/2018, de 22 de enero de 2018, BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018, pp. 20410 a 20432.

Por otra parte, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se presentó el caso *González Lluy y otros v. Ecuador 2015*. En la reclamación, los demandantes alegaron un supuesto de discriminación contra una niña, a quien se le negó el acceso a un centro de educación por estar contagiada con SIDA, a causa de una transfusión de sangre realizada por el personal de la Cruz Roja. La Corte identificó la vulneración de los derechos a la educación y no discriminación, concluyendo que el Estado ecuatoriano era responsable por la violación de los derechos a la vida digna, la integridad personal, las garantías judiciales y la protección judicial, regulados en los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento internacional, así como por la violación del artículo 19 de la Convención¹²⁸³.

El Estado ecuatoriano presentó una excepción de falta de agotamiento de los recursos internos para darle solución al caso, la cual fue desestimada por la Corte que procedió a declarar lo siguiente:

En el caso de Talía Gabriela González Lluy confluyen en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH (...), la discriminación (...) no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que, derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiera existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.

En el caso objeto de comentarios, fue notable el impacto de la situación de pobreza familiar en la forma de abordar el VIH. De tal manera que motivó el trato denigrante en el ámbito educativo, pues la institución de enseñanza estimó que la menor afectaría al resto de sus compañeros por el hecho de ser portadora de una infección crónica.

La Comisión Interamericana reafirmó, mediante este caso, que la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género se encuentra ligada de forma indivisible a otros factores como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, la edad, la clase, la orientación sexual y la identidad de género, lo que conlleva

¹²⁸³ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos caso *González Lluy y otros vs Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015, párrafo 290.

a una forma de discriminación específica en la que se reúnen varios supuestos discriminatorios.

Del análisis al reconocimiento jurisprudencial de este tipo de discriminación, se debe llamar la atención sobre las dificultades que genera la determinación de la situación igual o comparable que demuestre la existencia de la discriminación múltiple. En tal sentido, es preciso que en la comparación para establecer la similitud con el caso contrario, la persona que no ha sido discriminada cuide que la consideración no se restrinja a un solo supuesto o factor de segregación. De ser así, el fenómeno discriminatorio en su integridad (discriminación múltiple interseccional), puede permanecer oculto o no apreciarse en toda su magnitud.

Con la pretensión de dilucidar la problemática planteada, se puede analizar el supuesto donde a una mujer discapacitada se le niega el acceso al empleo. En este caso tendríamos dos factores de discriminación, el género y la discapacidad. Ahora bien, si solo se tiene en cuenta que ha sido discriminada por ser mujer, el empresario podría alegar que ha contratado otras mujeres. Por su parte, si solo se considera que la negativa responde a su discapacidad, el empresario podría sostener que ha contratado a otras personas discapacitadas. Por consiguiente, es determinante que se consideren ambos factores de discriminación de conjunto y, como resultado de la relación existente entre ellos, se configure una discriminación específica catalogada como múltiple.

Por lo antes expuesto, puede resumirse que los supuestos de discriminación múltiple también serán aplicados a las relaciones de Derecho Privado, cuando las conductas discriminatorias en estos tipos de relaciones jurídicas supongan la existencia de una discriminación por varios motivos, que pueden aparecer bien de forma acumulada en una misma situación, agravando el daño; o bien produciendo una forma única y nueva de discriminación que implica que dichos motivos no puedan analizarse de forma separada.

5.7.5. Discriminación estructural

El reconocimiento de esta forma de discriminación se aprecia en varios instrumentos internacionales, como la Observación General No. 20 del Comité

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), en la que se define la discriminación que incide sobre algunos grupos, arraigada en la organización y estructura de la sociedad. En este sentido, el documento expone:

El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros¹²⁸⁴.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en adelante (CERD), analiza la forma en que el racismo y la discriminación estructural han afectado a los afrodescendientes, propiciando que formen parte de los grupos más vulnerables de la población, lo que se agrava con otros aspectos como el difícil acceso al mercado laboral¹²⁸⁵. En tal sentido, define la discriminación racial contra afrodescendientes de la siguiente forma:

“El racismo y la discriminación estructural contra afrodescendientes, enraizados en el infame régimen de la esclavitud, se manifiestan en situaciones de desigualdad que afectan a estas personas y que se reflejan, entre otras cosas, en lo siguiente: el hecho de que formen parte, junto con las poblaciones indígenas, de los grupos más pobres de la población; sus bajas tasas de participación y representación en los procesos políticos e institucionales de adopción de decisiones; las dificultades adicionales a que hacen frente en el acceso a la educación, la calidad de esta y las posibilidades de completarla, lo que hace que la pobreza se transmita de generación en generación; el acceso desigual al mercado del trabajo; el limitado reconocimiento social y la escasa valoración de su diversidad étnica y cultural, y su desproporcionada presencia en la población carcelaria”¹²⁸⁶.

En el caso de la Recomendación General 30 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en adelante (CEDAW), se incluye la obligación

¹²⁸⁴ ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20.

¹²⁸⁵ Organización de las Naciones Unidas, Recomendación General 34 aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial CERD, 79º periodo de sesiones 8 de agosto a 2 de septiembre de 2011.

¹²⁸⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 34. Discriminación racial contra afrodescendientes. 79º periodo de sesiones, 2011, párr. 6.

de los Estados de atender todas las violaciones de los derechos de la mujer y la discriminación estructural¹²⁸⁷.

De igual forma, en la Recomendación General No. 33, adoptada en el año 2015 por el CEDAW, se hizo alusión a los obstáculos y restricciones que impiden a las mujeres acceder a la justicia en igualdad de condiciones. Según el Comité:

“Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no se ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres”¹²⁸⁸.

Por último, la Observación General 3 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), reconoce esta forma de discriminación al referir que en ella están presentes patrones ocultos de comportamiento institucional discriminatorio¹²⁸⁹. En esta observación general, se reconoce que la discriminación puede adoptar muchas formas, siendo una de ellas la discriminación estructural o sistémica, que en el caso de las mujeres y niñas con discapacidad, puede manifestarse de la siguiente manera:

“La discriminación estructural o sistémica se manifiesta a través de patrones ocultos o encubiertos de comportamiento institucional discriminatorio, tradiciones culturales discriminatorias y normas y/o reglas sociales discriminatorias. La fijación de estereotipos de género y discapacidad nocivos, que pueden dar lugar a ese tipo de discriminación, está inextricablemente vinculada a la falta de políticas, reglamentos y servicios específicos para las mujeres con discapacidad [...]. Asimismo, las prácticas nocivas están estrechamente vinculadas a las funciones asignadas a cada género y las relaciones de poder creadas por la sociedad, y las refuerzan, y pueden reflejar percepciones negativas o creencias discriminatorias sobre las mujeres con discapacidad...”¹²⁹⁰.

¹²⁸⁷ Organización de Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Recomendación general No. 30, 56° periodo de sesiones, de 1 de noviembre de 2013.

¹²⁸⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General No. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 61° periodo de sesiones, 2015, párr. 3.

¹²⁸⁹ Organización de las Naciones Unidas, Observación General No. 3, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 25 de noviembre de 2016.

¹²⁹⁰ Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General No. 3. Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. 2016, párr. 17.

En cuanto a la jurisprudencia europea, el caso *DH y otros v. The Czech Republic*¹²⁹¹, se presenta como una nota significativa. En él los solicitantes cuestionaron la existencia de un número desproporcionado de alumnos romaníes catalogados como alumnos con necesidades de educación especial en la República Checa, así como su segregación en escuelas para niños con discapacidades mentales leves. La Corte destacó que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no solo reconocía supuestos específicos de discriminación, sino que, además, hacía alusión a sistemas estructurales y prácticas institucionalizadas que violaban los derechos humanos de grupos raciales o étnicos¹²⁹².

En este asunto, el Tribunal concluyó que se había producido una discriminación de impacto o indirecta que ocasionó una segregación y disminución de oportunidades para los niños gitanos. El sistema aplicado violó la prohibición de discriminación racial del Convenio de Derechos Humanos en lo relativo al derecho a acceder y recibir educación.

El caso comentado actualizó la categorización que en materia de igualdad y no discriminación propugnaba la Corte, al reconocer la configuración de una discriminación racial indirecta. El Tribunal evaluó la situación con el empleo de un concepto de interpretación judicial estricto y, como aspecto novedoso, analizó su configuración mediante datos estadísticos. Además, reconoció la inversión de la carga de la prueba, e interpretó el caso desde un enfoque colectivo, en lugar de individual, al estimar la discriminación continua de la que es objeto el pueblo romaní en toda Europa.

¹²⁹¹ European Court of Human Rights, Case of DH and Others v. The Czech Republic, App. No. Case de DH y otros c. República Checa, Petic. No. 57325/00 (Gran Sala, sentencia final), de 13 de noviembre de 2007.

¹²⁹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación No. 20, E/C.12/GC/20 2 de julio de 2009. Refiere que: “El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros”.

En relación al Sistema Interamericano, el caso *Atala Riffo y niñas frente a Chile*¹²⁹³, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aborda la problemática de la discriminación y violación de derechos humanos de las personas cuya orientación sexual y/o identidad de género es distinta a los patrones machistas establecidos. De la interpretación de este caso, es claro que se trata de una discriminación estructural, al existir una vulneración sistémica y social de grupos sociales en desventaja, como las personas con una identidad sexual diferente.

La Corte enfatizó la necesidad de realizar una valoración amplia del contexto histórico, temporal y territorial en aquellos supuestos donde se presenten patrones de discriminación estructural, alegando que el Estado debe tomar medidas positivas para disminuir y eliminar la exclusión. Según la opinión de este tribunal, la situación de discriminación estructural no solo se evidencia en las estadísticas, sino que además se refleja en la segregación de grupos en desventaja social.

La Corte Constitucional de Ecuador, sin realizar un pronunciamiento expreso con respecto a esta forma discriminatoria, se ha pronunciado en la Sentencia No. 292-16-SEP-CC, estimando que los distintos tipos de agresión contra la mujer van más allá de las lesiones psicológicas o físicas:

Los distintos tipos de agresión que por años ha sido víctima la mujer, va más allá de lesiones físicas y psicológicas, existe una violencia que no está perpetrada contra una sola mujer, y que no podría ser objeto de denuncia en los juzgados familiares, esta es una violencia estructural que implica inequidad en el ámbito político, social, laboral, económico y cultural constituida por un trato desigual, que perpetúa la discriminación, la desigualdad y la violencia¹²⁹⁴.

A pesar del reconocimiento doctrinal, legislativo y jurisprudencial de este tipo de tratos denigrantes, no constituye una categoría jurídica independiente, ubicada al mismo nivel que la concepción de la discriminación indirecta. Más bien se

¹²⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas), p. 1.

¹²⁹⁴ *Vid.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 292-16-SEP-CC, Caso 0734-13-EP, de fecha 7 de septiembre de 2016, p. 28.

establece como un estándar interpretativo adicional que complementa a esta concepción más difundida y analizada¹²⁹⁵.

5.8. La prohibición de discriminación en el Derecho de Contratos: los diferentes ámbitos en el acceso a bienes y servicios en el Derecho europeo y ecuatoriano

La lucha contra la discriminación no debe detenerse en el orden legislativo, pues la discriminación es un fenómeno social que se materializa a diario como una práctica usual y reiterada, que en la mayoría de los casos no se produce por las normas jurídicas existentes, sino que es el resultado de un modelo de conducta que persiste en la sociedad.

Teniendo en cuenta que los derechos de las personas también surten efecto entre los particulares, y no solo frente al poder público, la relación entre estos con el principio de no discriminación reconocido constitucionalmente sería mediata, y no exigiría como requisito obligatorio la intervención anticipada del legislador como encargado de hacer cumplir y materializar el alcance del principio en todas las áreas del Derecho Privado.

En tal caso, la prohibición constitucional contenida en el principio de no discriminación se entiende como un límite externo de la libertad contractual que determinará la invalidez de las normas, actos o contratos realizados, siempre que violen esa prohibición. Por esa razón, se afirma que cualquier distinción o exclusión sufrida por un particular debe ser valorada por los tribunales con un enfoque constitucional, en el que se enfrentará a un conflicto entre el principio de no discriminación y la exigencia de respeto a la autonomía privada.

Ante ese supuesto, si el órgano jurisdiccional determina que ciertamente existió la vulneración del principio de no discriminación, tendrá la obligación de proteger a la víctima mediante la disposición obligatoria de cese inmediato de la conducta discriminatoria y la correspondiente reparación, en su caso. Para ello, el juez

¹²⁹⁵ AÑÓN ROIG, María José, *Principio antidiscriminatorio... cit.*, p. 147.

deberá tener en cuenta tres factores¹²⁹⁶: la repercusión social causada por la discriminación; la existencia de un patrón de conducta sistemático, pues no es lo mismo la realización de un contrato aislado, como la decisión de arrendar un inmueble; que la aplicación sistemática de códigos discriminatorios por parte de colegios, entidades aseguradoras, o de los empresarios a la hora de contratar a sus trabajadores. En este caso, por su naturaleza, la decisión ante la discriminación se convierte en un asunto de relevancia pública.

En los supuestos relacionados con el acceso a bienes y servicios, se podrán aplicar por medio de los poderes públicos, disposiciones legales que prohíban las diferentes prácticas discriminatorias en ámbitos como la vivienda, el acceso a la educación, entre otros. *A contrariis*, en el ámbito privado, no se podrán aplicar estas disposiciones en el caso de los clubes privados u otros establecimientos no abiertos al público.

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta también la posición dominante o de monopolio que tenga la entidad discriminadora en el mercado o la sociedad. Considerando la situación desde esa perspectiva, la única sala de video, o el único terreno de fútbol abierto al público en una determinada localidad, no podría excluir a determinadas categorías de personas por alguno de los motivos de discriminación que se reconocen constitucionalmente.

Resulta bien diferente escoger un espacio de libertad en el que existen preferencias y simpatías personales, y otra, tomar partido de una posición superior de monopolio para discriminar a personas o sectores que no tienen otra alternativa, y no pueden acudir a otro establecimiento porque en la localidad no existe otro servicio como ese. En este sentido, debe tomarse en cuenta también la posibilidad de afectar la dignidad de la persona como valor fundamental, o su integridad moral mediante la acción discriminatoria.

En cualquier caso, la discriminación que resulte contraria a la dignidad del representado debe considerarse ilícita solo cuando por su trascendencia social, implique una violación de otros derechos constitucionales, como por ejemplo la

¹²⁹⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María, "La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares...", *cit.*, p. 155.

dignidad de una de las partes¹²⁹⁷. Precisamente, uno de los factores que más inciden en la existencia de las circunstancias que hacen más probable la existencia del vejamen es el carácter público y notorio de la misma, porque solo en ese caso puede producirse el efecto deseado por el discriminador: el vejamen de la persona discriminada.

En este orden, el único derecho fundamental que puede verse afectado cuando la persona ha sido rechazada por la negativa a contratar, es su derecho a no ser sometido a un tratamiento humillante o denigrante por parte de otro particular. La prohibición del derecho a contratar para una persona constituye un trato vejatorio, porque en ese caso, el afectado no puede recuperar su dignidad dirigiéndose a otro contratante. La razón que fundamenta la obligación de contratar en estos supuestos no es el carácter vinculante del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones entre privados, es decir, la negativa a contratar no es ilícita por ser discriminatoria, sino porque vulnera la dignidad de otro particular¹²⁹⁸.

Por esas razones, es necesario combatir todas las manifestaciones de discriminación que aún persistan en la práctica, lo cual implica que de forma urgente se realice una proyección de este principio sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico y de la realidad social, especialmente el ámbito privado, en la que se generen múltiples supuestos de discriminación.

En tal sentido, la aprobación de las directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE tienen como finalidad garantizar a todas las personas el acceso a bienes y servicios en iguales condiciones. Siguiendo estas disposiciones, la protección contra la discriminación dejaría de ser un principio excepcional de aplicación en las relaciones entre particulares, para convertirse en una norma de obligatorio cumplimiento.

Una de las prohibiciones de discriminación más difíciles de reconducir a la teoría general de los contratos se establece en los supuestos originados en la calidad

¹²⁹⁷ CARRASCO PERERA, Ángel, "El principio de no discriminación ...", *cit.*, p. 10.

¹²⁹⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, "Autonomía privada y derechos fundamentales...", *cit.*, pp. 78, 95 y 96.

del contratante, cuando colisiona la autonomía de las partes con la dignidad humana. La limitación a la que se enfrenta la autonomía ha determinado que la normativa vincule la aplicación de la prohibición a la oferta al público (Directiva 2004/113/CE), o a la oferta genérica de bienes y servicios (Directiva 2000/43/CE).

La restricción de la oferta al público se fundamenta en la necesidad de evitar que el área del mercado sea aprovechada por la otra parte, que se sirve de la solicitud al público y obstaculiza el mercado con barreras contrarias a los valores del ordenamiento, lo que trae como consecuencia que las elecciones contractuales sean incuestionables. En este caso, algunos autores¹²⁹⁹ rechazan la pertinencia de esta corriente, alegando que la dignidad humana debe ser valorada más allá de su contribución al mercado. Otra de las justificaciones en las que se fundamenta la limitación de la prohibición a la oferta al público se expresa en el hecho de que la dignidad sería explícita y no relegada a un ámbito protegido por la esfera privada de la persona.

La última motivación del control de la libertad contractual se establece en la aplicación horizontal de la igualdad. Esta tesis plantea que, en el marco de la oferta al público, puede operar la proyección horizontal de la igualdad a través del juicio comparativo de igualdad de trato; sin embargo, en el plano de la contratación individual, este criterio comparativo no es posible.

Para reafirmar la pertinencia de la aplicación de la prohibición de discriminación a las ofertas públicas, resulta conveniente tomar en cuenta la solución adoptada en el ordenamiento norteamericano, en el que se distinguen dos esferas dentro del sector privado: una relacionada con el acceso a bienes y servicios de interés público, considerados como socialmente relevantes; y otra que contiene las actividades privadas carentes de proyección pública. En la primera se admite la aplicación de las disposiciones legales antidiscriminatorias, de forma tal que los poderes públicos pueden prohibir la discriminación en el ámbito de la vivienda, la educación, el empleo, o los establecimientos públicos; en el segundo supuesto

¹²⁹⁹ GENTILI, Aurelio, "Il principio di non discriminazione nei rapporti civil", en *Riv. crit. dir. priv.*, Roma, 2000, p. 255.

se niega la *equal protection clause*, sobre la base de que su aplicación se encuentra limitada en el sector estrictamente privado¹³⁰⁰.

En las relaciones jurídicas estrictamente privadas celebradas entre individuos en situación de relativa igualdad, la eficacia del principio de no discriminación es relativamente escasa. Este es el caso de aquellas relaciones jurídicas que se desarrollan en un marco netamente privado, como el arrendamiento de bienes inmuebles; y aquellas donde el factor confianza adquiere un significado relevante en las relaciones establecidas entre las partes¹³⁰¹.

Esta restricción de aplicación de los principios de igualdad y no discriminación a las relaciones estrictamente privadas, se fundamenta en el hecho de que se consideraría inapropiado extender su efectividad a prohibiciones que afecten los derechos de las personas a la intimidad, la libertad religiosa, las relaciones familiares y las sucesorias. Su aplicación absoluta conllevaría a la afectación de derechos fundamentales, por ejemplo, si se extendiera su reconocimiento a la elección del cónyuge, en la que no se tuvieran en cuenta aspectos como el sexo, la raza, la identidad sexual, entre otros, por considerarlos discriminatorios, lo que en esencia se considera un absurdo.

Si se analizan las razones alegadas, se colige que el argumento normativo más acertado podría estar en el necesario equilibrio de los intereses entre la autonomía contractual del que explota la ventaja de la oferta al público, con la de la pluralidad de contratantes con quienes pudiera relacionarse; así como de la igualdad de oportunidades cuando existen varios sujetos interesados, que, de otro modo, quedarían excluidos del acceso al mercado.

Así lo pone de manifiesto el legislador europeo cuando en la Exposición de motivos de la Directiva establece: “La Directiva no se aplica a las transacciones que se lleven a cabo en un marco puramente privado”. Y concreta, “De acuerdo con ello, el concepto de bienes y servicios disponibles para el público puede englobar: el acceso a locales en los que se permite la entrada al público; todos

¹³⁰⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales... cit.*, p. 156.

¹³⁰¹ PUNIDO MARTINS, Thiago, “Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 32, Bogotá, enero –junio 2017, p. 4.

los tipos de vivienda, incluida la de alquiler y el alojamiento en hoteles; servicios como los bancarios, de seguros y otros servicios financieros; el transporte, y los servicios de cualquier profesión u oficio". De acuerdo con este enunciado, se analizarán a continuación los diferentes ámbitos de aplicación en los que puede manifestarse la discriminación.

5.8.1. Prohibición de discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público

Para abordar este tema debe partirse de una máxima, el derecho de acceder a los establecimientos abiertos al público le asiste por igual a todos los ciudadanos, sean nacionales o extranjeros, residentes, temporales o permanentes, turistas o cualquier otra persona, sin que pueda existir ningún tipo de discriminación. No es un derecho fundamental, pero sí un derecho que pertenece al ámbito contractual, mediante el cual se establecen relaciones entre el titular de un establecimiento abierto al público y el resto de la sociedad, en el que debe respetarse de forma obligatoria el derecho a la igualdad y no discriminación, que sí constituyen derechos fundamentales.

Sobre la necesidad de prohibir conductas discriminatorias en el acceso a establecimientos abiertos al público la doctrina se ha manifestado conteste¹³⁰²; y ello se debe a que estas prácticas, a diferencia de otros casos de discriminación en los que sólo está en juego la igualdad, suelen conllevar un atentado al honor de la víctima de la discriminación.

Una de las prácticas más usuales en cuanto a la discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al público, es aquella mediante la cual se niega a determinadas personas la entrada a un local, justificando esa conducta en el derecho de admisión que le asiste a los propietarios de estos establecimientos.

¹³⁰² BILBAO UBILLOS, Juan María, "Prohibición de discriminación y derecho de admisión...", *cit.*, p. 829; REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...* *cit.*, p. 82; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, María Luisa, "Régimen jurídico-administrativo del Derecho de Admisión en establecimientos públicos. Especial referencia al caso Andaluz", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, No. 36, 2010, p. 313-358.

Empero, no es cierto que exista un ilimitado y reservado derecho de admisión cuyo ejercicio se considere arbitrario para los titulares del establecimiento o local abierto al público al que se pretenda acceder. Es decir, que el derecho de admisión no significa que el titular del establecimiento tenga derecho a no dejar acceder a quien quiera sin dar razones o aduciendo motivos absurdos.

Para el acceso a estos locales, no importa quien sea la persona, pues un establecimiento abierto al público no puede negar el acceso o permanencia a las personas de forma arbitraria por razones como el sexo, la raza, la apariencia, entre otros. Como señala acertadamente Alfaro aunque no existe taxativamente una obligación de contratar, la apertura del local implica, al menos, la renuncia a seleccionar con criterios individuales a su clientela¹³⁰³.

Distinto es que los propietarios de establecimientos establezcan como normas en su local para el ingreso o comportamiento dentro del mismo, casos en los cuales le asistiría al dueño el derecho a denegar el ingreso o expulsar a la persona, siempre que sea de forma pacífica y libre de violencia.

Lo que si no puede admitirse es que, a una persona que cumpla con todas las normas establecidas para acceder al local, se le impida el ingreso bajo el argumento de la existencia de un derecho reservado de admisión que aparece totalmente desdibujado y que, sin duda, tergiversa su verdadero alcance y significado constitucional.

De allí que la discriminación en el acceso a establecimientos abiertos al públicos se vincule estrechamente con el derecho de admisión, entendido este como la facultad del titular del establecimiento, espectáculo público o actividad recreativa que se engloba dentro de su derecho fundamental a la libertad de empresa, lo cual le permite decidir la forma en que va a organizar u orientar su negocio o actividad, seleccionando a la clientela de acuerdo con los criterios que estime más oportunos¹³⁰⁴.

¹³⁰³ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, "Autonomía privada y derechos fundamentales...", *cit.*, p. 78.

¹³⁰⁴ ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, María Luisa, "Régimen jurídico-administrativo...", *cit.*, p. 318.

Sin embargo, la libertad de empresa, aunque derecho fundamental reconocido, no es un derecho absoluto, sino que, como el resto de los derechos se encuentra sujeto a las limitaciones impuestas por el propio ordenamiento jurídico que tiene como objetivo proteger otros bienes y derechos constitucionales reconocido en la Constitución y demás leyes de carácter especial.

De allí que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado en tal sentido:

“no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo que pretenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de la libertad pública protegida, un sacrificio menor”¹³⁰⁵

Por ende, aunque el administrador de un local abierto al público pueda establecer requisitos de acceso en su local, esa decisión siempre estará condicionada a la obligación de respetar que esos requisitos no supongan una discriminación arbitraria y no justificada, pues con ello se garantiza la protección de la dignidad de la persona, la defensa de la igualdad y el derecho a un trato no discriminatorio, derechos fundamentales de primer orden que han de tomarse en cuenta ante la existencia de cualquier tipo de regulación que intente reglamentar la forma de hacer valer el derecho de admisión.

De allí que, derivado de ese supuesto derecho de los propietarios de poder elegir quien entra o no en su local, persiste un amplio debate en cuanto aquellas conductas que, aunque derivadas del ámbito privado, tienen un gran impacto social. Entendido así, la autonomía privada deja de ser un valor absoluto y cede terreno ante la necesidad de erradicar todas las formas de discriminación que han sido prohibidas por el legislador¹³⁰⁶.

La aplicación del principio de no discriminación, conforme a la Directiva 2004/113/CE en los bienes y servicios disponibles para el público, se basará en el equilibrio que debe primar entre la libertad del particular, y la igualdad de

¹³⁰⁵ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 26/1981, 17 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981); y Sentencia 109/2003, 5 de junio (BOE núm. 156, de 1 de julio de 2003).

¹³⁰⁶ BILBAO UBILLOS, Juan maría, “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares...”, *cit.*, p. 150. p. 162.

oportunidades en el ejercicio de la autonomía de una pluralidad de sujetos. En este caso, no puede trasladarse fuera de la oferta al público, porque una vez que se establezca exclusivamente en el conflicto individual, desaparece la pluralidad de las personas excluidas como elemento calificador. Por otro lado, no se podrá absolutizar la lesión de la libertad contractual del particular respecto a un comportamiento discriminatorio aislado, pues ante estos supuestos, cabría la posibilidad de negociar con terceros¹³⁰⁷.

Cuando se niega a ciertas personas la entrada a un local que está abierto al público, por contraposición al *club* privado, constituye un caso típico de discriminación entre particulares. En esa negativa de acceso se aprecian una serie de características que configuran el vejamen. Entre ellas, puede decirse que son observables; tienen trascendencia social; influyen en masa en ciertos colectivos; se explican por la aversión del discriminador; y carecen de fundamento racional¹³⁰⁸.

El ordenamiento español, inicialmente, reconoce el derecho de admisión mediante el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aplicable a todos los establecimientos abiertos al público, mediante el cual se dispone en el artículo 59.1 literal e) que el público no podrá “entrar en el recinto o local sin cumplir los requisitos a los que la Empresa tuviese condicionado el derecho de admisión, a través de su publicidad o mediante carteles, bien visibles, colocados en los lugares de acceso, haciendo constar claramente tales requisitos”¹³⁰⁹.

De esta forma se interpreta que, la disposición *en comento* no establece ninguna limitación a la hora de fijar las condiciones de admisión, requiriéndose solamente para tal fin la publicidad de las mismas, un requisito que en la práctica no se suele cumplir. En tal supuesto, la gran mayoría de los establecimientos abiertos al público solamente indica que la empresa se reserva el derecho de admisión,

¹³⁰⁷ NAVARRETTA, Emanuela, “Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato...”, *cit.*, p. 144.

¹³⁰⁸ AGUILERA RULL, Ariadna, *Contratación y diferencia... cit.*, p. 231.

¹³⁰⁹ Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (BOE núm. 267, de 6 de noviembre de 1982), pp. 30570 – 30582.

sin especificar los motivos ni los criterios para la selección. Obsérvese así una práctica que atenta contra el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación que debe primar para proteger los derechos de las personas que se encuentran inmersas en alguna de las categorías sospechosas.

Posteriormente, se aprobaron otras leyes que si reconocieron el derecho de admisión de una forma más restrictiva, como por ejemplo la ley del país Vasco de espectáculos públicos y actividades recreativas que estableció que este derecho se ejercerá de conformidad con el principio de no discriminación, quedando excluida igualmente cualquier aplicación arbitraria o vejatoria (*Vid.* artículo 21, literal d)¹³¹⁰.

Más adelante, va a ser la Ley 17/1997 de la Comunidad de Madrid, la que hizo especial énfasis en las condiciones de ejercicio del derecho de admisión cuando en el artículo 24.2 establece que este derecho no podrá ser utilizado para restringir el acceso de manera arbitraria o discriminatoria, ni situar al usuario en condiciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo¹³¹¹. El derecho de admisión en este caso tendrá como principal objetivo impedir el acceso de personas que se comporten de manera violenta, es decir, aquellas que pueden producir molestias al público o usuarios, o que puedan alterar el normal desarrollo del espectáculo. En ese orden, de forma similar, el artículo 23 de la Ley de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Generalitat Valenciana se pronuncia sobre el derecho de admisión¹³¹².

En Andalucía, el derecho de admisión se define como aquel que le asiste a todos los consumidores y usuarios a ser admitidos en todos los establecimientos públicos, con carácter general y en las mismas condiciones. Se prohíbe así establecer condiciones específicas de admisión que tengan como base criterios

¹³¹⁰ Ley No. 4/1995, de 10 de noviembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas. Publicado en BOPV, No. 230, de 01 de diciembre de 1995 (BOE núm. 23, de 27 de enero de 2012).

¹³¹¹ Ley No. 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, Publicado en BOCM, No. 159, de 07 de julio de 1997 (BOE núm. 98 de 24 de abril de 1998).

¹³¹² Ley No. 4/2003, de 26 de febrero, de la Generalitat, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos, Publicado en DOCV, No. 4454 de 06 de marzo de 2003 (BOE núm. 81 de 04 de abril de 2003).

arbitrarios como la nacionalidad, la raza, el sexo, así como en cualquier otra condición dirigida a seleccionar clientes basado en condiciones subjetivas como la apariencia física de las personas, la discapacidad de las mismas, o tomando en cuenta otros criterios similares¹³¹³.

Recientemente, con la aprobación del Anteproyecto de Ley integral para la Igualdad de trato y la no discriminación se establece que:

“Los criterios y prácticas sobre admisión de las personas a establecimientos o espacios abiertos al público, espectáculos públicos o actividades recreativas deberán garantizar la ausencia de cualquier forma de discriminación por razón de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley”¹³¹⁴.

Seguidamente, basándose en la disposición anterior, se establece que la prohibición de discriminación a la que se hace referencia comprende no solo las condiciones de acceso a los locales o establecimientos, sino también la permanencia en los mismos, así como el uso y disfrute de los servicios que se presten en ellos. Además de establecer que, las personas titulares de los establecimientos y locales a que se refiere el propio artículo, tendrán la obligación de dar a conocer en un espacio visible, los criterios y limitaciones que resulten del ejercicio del derecho de admisión, y, con carácter previo a su aplicación, los comunicarán a las Administraciones Públicas competentes (*Vid.* artículo 21, apartado 2 y 3).

Por su parte, en Latinoamérica, no puede dejar de mencionarse, aunque en menor sistematicidad, que también se han aprobado normas que prohíben la discriminación en este tipo de establecimientos. Por ejemplo, la Ley federal de México para prevenir y eliminar la discriminación, incluye dentro de las prácticas discriminatorias prohibidas, aquella de impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público, así como limitar el

¹³¹³ Decreto 10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, Publicado en BOJA, No. 36 de 21 de Febrero de 2003.

¹³¹⁴ *Vid.* artículo 21, apartado 1 del Anteproyecto de Ley integral para la Igualdad de trato y la no discriminación.

acceso y libre desplazamiento en los espacios públicos (*Vid.* artículo 9, literal XXII)¹³¹⁵.

En Argentina, puede hacerse alusión a la Ley sobre la penalización de actos discriminatorios en el artículo 4¹³¹⁶, en el cual “se declara la obligatoriedad de exhibir en el ingreso a los locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público, en forma clara y visible, el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional, junto con el de la ley”. Seguidamente, en el artículo 5, se agrega que deberá incluirse un recuadro con la siguiente leyenda: “Frente a cualquier acto discriminatorio, usted puede recurrir a la autoridad policial y/o juzgado civil de turno, quienes tienen la obligación de tomar la denuncia”. Al propietario o responsable de estos establecimientos de acceso público que no cumpliera estrictamente lo dispuesto en los preceptos anteriores, se le impondrá una multa.

En Ecuador, no existe una normativa específicas sobre el acceso a locales abiertos al público, sin embargo, puede mencionarse el derecho de recreación y esparcimiento que le asiste a todas las personas, según el artículo 24 de la Constitución, el que, interpretado en concordancia con el artículo 11.2 que prohíbe la discriminación por motivos como la raza, el sexo, entre otros, pudiera conducir a una interpretación armónica y amplia en la que se concluya que nadie podrá discriminar a otro en el ejercicio de su derecho de recreación y esparcimiento, entendiéndose dentro de este el acceso a establecimientos abiertos al público.

Con respecto al tema, pueden constatarse algunas sentencias tanto del ordenamiento jurídico alemán, como el español, en el que se han resuelto casos de prácticas discriminatorias por razones como el origen racial o étnico, así como la igualdad de trato entre hombres y mujeres en al acceso a bienes y servicios y su suministro.

¹³¹⁵ Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación, aprobada por la Cámara de Diputados de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003.

¹³¹⁶ Ley No. 23.592 “Penalización de Actos Discriminatorios”, Buenos Aires, 3 de agosto de 1988, Boletín Oficial, 5 de setiembre de 1988.

La discriminación por razones de raza en el acceso a establecimientos abiertos al público se pone de manifiesto en una sentencia dictada por el Tribunal Superior Territorial de Frankfurt, en el que el propietario de un restaurante colgó un cartel en la puerta de su local con el siguiente anuncio “No se permite la entrada a turcos”. En la decisión del caso, el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial condenaron al acusado por el delito de instigación al odio previsto en el artículo 130 del Código penal alemán.

De igual forma, el Tribunal Bávaro Superior Territorial de Munich resolvió un caso en el que el propietario de una discoteca le dispuso al portero que no dejara entrar a personas de descendencia afroamericanos en su local, indicándole que les negara educadamente el acceso por no haber espacio en el local. El portero, una noche, en cumplimiento de lo indicado, le negó el acceso a dos personas: un soldado americano, y un estudiante afroamericano. Ante la insistencia de los clientes, el portero les indicó primero que no los dejaba entrar porque el local se encontraba lleno, y posteriormente tuvo que admitir que no podía dejarlos entrar.

Como respuesta en primera instancia, el Tribunal condenó al acusado por injurias, aunque posteriormente, ante la interposición del recurso, el Tribunal Bávaro Superior Territorial lo absolvió alegando lo siguiente: “Si el propietario de un local abierto al público puede decidir libremente sobre los clientes que admite, en tal caso, aquel que no es admitido no puede sentirse ofendido, si los criterios no son arbitrarios”.

Con respecto a la decisión del Tribunal, puede decirse que aunque existe y se reconoce la libertad de contratación a todas las personas, el hecho de prohibir la entrada a un local sin una razón justificada constituye una humillación. Se entiende en este contexto que cuando la negativa a prestar un servicio obedece a motivos como la raza, la exclusión constituye una conducta vejatoria y una ofensa para todos los miembros del grupo discriminado que hiere su dignidad. No obstante, resulta complicado probar la existencia de esas prácticas porque la motivación discriminatoria no suele explicarse con facilidad.

El portero en este caso pudo haber aludido como excusa que el establecimiento se encontraba lleno, o que se celebraba una fiesta en privado, o cualquier otra

excusa, sin decir abiertamente que se trataba de una prohibición por su condición racial¹³¹⁷. Por ello, en el caso narrado, el rechazo constituyó un juicio de valor negativo sobre la persona.

En ese sentido, se entiende que el que abre un local, dígase bares, cafeterías, restaurantes, está reconociendo tácitamente su oferta al público en general, sin motivos de exclusión, siempre y cuando los clientes acepten sus precios y condiciones. Por ende, se entiende que acepta en principio a cualquier persona, y aunque no exista propiamente una obligación de contratar, la apertura del establecimiento implica la posibilidad de seleccionar, en base a criterios individuales, a sus clientes¹³¹⁸.

Cuestión diferente son las condiciones que se pueden imponer para el acceso a determinados locales con carácter general y que se basan en una razón fundada, como por ejemplo, los avisos que se publican en la entrada de cines o teatros en los que se prohíbe la entrada de bebidas alcohólicas, o de cualquier otro tipo de alimentos adquiridos fuera del local por parte de los espectadores que los pretendan consumir en el interior.

En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional reconoció implícitamente el derecho de admisión cuando le denegó el amparo solicitado a una persona a la que se le había impedido el acceso a un casino de juego. La decisión del Director se amparaba en lo dispuesto en el artículo 31.1 del Reglamento de Casinos de Juego de 1979, que consideraba la facultad de prohibir la entrada a las salas de juego a personas que pudieran tener una conducta desordenada o cometer irregularidades en la práctica de los juegos, sin que el Casino esté obligado a declarar al visitante los motivos de la no admisión.

En este caso, según las consideraciones del Alto Foro, las decisiones adoptadas por los particulares sobre la base de supuestos fundadas, no constituyen una violación del principio de igualdad, porque las decisiones de esa índole se erigen como una actividad que protege los intereses del propio local privado. Se consideró también que los ciudadanos no tienen un derecho ilimitado de libre

¹³¹⁷ BILBAO UBILLOS, Juan maría, "Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares", en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, No. 18, Madrid, 2006, p. 165.

¹³¹⁸ AGUILERA RULL, Ariadna, *Contratación y diferencia... cit.*, p. 78.

acceso a los casinos o establecimientos de similares características por las propias razones anteriormente explicadas¹³¹⁹.

Otro de los supuestos tratado por la jurisprudencia española es el caso presentado ante el Tribunal Supremo¹³²⁰, en el que el dueño de un concesionario de coches se negó a atender a una persona de origen racial negro, diciéndole: “yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos, ni a moros”. La Audiencia Provincial de Murcia condenó al autor por un delito de denegación discriminatoria de una prestación, según lo dispuesto en el artículo 512 del Código Penal¹³²¹, a una pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión.

La Sentencia que resolvió el caso consideró que el hecho de que el acusado se haya negado a tratar con el accionante la venta de un vehículo de los que ofrecía en venta en su local, constituyó una discriminación por razones de etnia, y justamente la concurrencia del *animus* discriminatorio es lo que se consideró dolo específico. La sentencia que confirma la decisión tomada en primera instancia enfatiza que no se condena al acusado por ser racista, sino por haber rechazado determinada prestación a una persona que tenía derecho a ella.

No obstante, a pesar de las diferentes decisiones del Tribunal español en su momento, el derecho de admisión en la actualidad no puede ampararse en una política sistemática de discriminación por ningún motivo, especialmente racial o xenofóbica, donde se hacen cada vez más frecuentes las discriminaciones encubiertas en el acceso a discotecas u otros lugares de distracción, o aquellas que tienen como motivo la orientación sexual que pueda tener una persona, como es el caso de los homosexuales o lesbianas.

En conclusión, se considera que las discriminaciones que se materializan en el acceso a locales o establecimientos abiertos al público, constituyen un elemento determinante en la eficacia *inter privatos* de la prohibición de discriminación. Las discriminaciones que ocurren en el acceso a locales se justifican principalmente,

¹³¹⁹ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 73/1985, 14 de junio (BOE núm. 170, de 17 de julio de 1985).

¹³²⁰ Tribunal Supremo de España- Sala Segunda de lo Penal, Sentencia 089/1998, de 29 de septiembre de 1998.

¹³²¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

por razones como el origen étnico, y, en ese caso, la exclusión se considera una conducta gravemente odiosa¹³²².

La exclusión de personas para el acceso a locales por pertenecer a un colectivo determinado por su sexo o raza es inadmisibles, por lo que se deberá estar atentos a las discriminaciones encubiertas o indirectas, que, en ocasiones, no son exteriorizadas y se fundamentan en prácticas degradantes reiterativas como la discriminación por la forma de vestir, imagen, entre otras. No obstante, si bien el derecho a la libertad aboga por el ejercicio del derecho de admisión, este no puede ser ejercido de forma arbitraria si de ese modo se vulneran derechos de terceros o se atenta contra la dignidad de las personas¹³²³.

5.8.2. Discriminación en el acceso a la vivienda

La vivienda es un bien, y no cualquier bien, sino un bien básico reconocido como tal en gran parte de los instrumentos internacionales¹³²⁴, y también en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los cuales identifican el derecho a una vivienda adecuada como un derecho fundamental de extraordinaria importancia para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales¹³²⁵. Por ello, la razón que debe primar en la prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda es que la misma constituye un bien esencial, y por tanto, todas las

¹³²² REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Colección Miradas 1 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación Fernando Rey Martínez, México DF, 2005, p. 27.

¹³²³ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares... cit.*, pp. 172 y 173.

¹³²⁴ *Vid.* párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; apartado iii) del párrafo e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; párrafo 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 10 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social; párrafo 8 de la sección III de la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 (Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos); párrafo 1 del artículo 8 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y la Recomendación No. 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores, 1961.

¹³²⁵ Sobre el uso de la vivienda puede consultarse a: DIÉGUEZ OLIVA, Rocío, "La atribución del uso de la vivienda en situaciones de crisis familiar. Efectos derivados de la falta de titularidad sobre la misma", en María Angeles LIÑÁN GARCÍA, María Soledad DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO (Coord.), *Mujeres y protección jurídica: una realidad controvertida*, Universidad de Málaga (UMA), 2008, pp. 105-390.

personas deben tener por igual acceso a ella, pues ningún motivo justificaría el trato desigual¹³²⁶.

Se entiende por discriminación en el acceso a la vivienda aquellas prácticas que consisten en negarse a arrendar, vender, negociar, ofertar o no hacer una oferta de buena fe a otra persona; realizar cualquier tipo de anuncio o publicidad que declare alguna limitación o preferencia para que un individuo con ciertas características adquiera o no una vivienda, declarar que una vivienda no está disponible para inspección, venta o alquiler, cuando sí lo está; que con intención de lucro se induzca a una persona a vender o alquilar sugiriendo que una o varias personas con ciertas características se han mudado, o están a punto de mudarse al vecindario; negar o condicionar a cualquier persona el acceso o la participación en cualquier organización, instalación o servicio de listado múltiple relacionado con la venta o el alquiler de viviendas¹³²⁷.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la discriminación en materia de vivienda debería tener en consideración, no solo la garantía de la igualdad de trato por parte de los propietarios públicos y privados y los agentes inmobiliarios en la decisión de arrendar y vender o no inmuebles a determinadas personas, sino también el derecho a la igualdad de trato en las viviendas adjudicadas (viviendas de baja calidad o lejanas a determinados grupos étnicos) y en el mantenimiento de las mismas; y la falta de igualdad de trato en las condiciones del alquiler (como la falta de seguridad del arrendamiento o la aplicación de mayores rentas o fianzas a los pertenecientes a determinados grupos)¹³²⁸.

Puede decirse entonces que los supuestos de discriminación en materia de vivienda se identifican por aquellas situaciones de discriminación en el acceso

¹³²⁶ En Estados Unidos, por ejemplo, una de las primeras normas aprobadas que prohíben las conductas discriminatorias en el ámbito privado fue precisamente el acceso a la vivienda, cuando el 11 de abril 1968, una semana después del asesinato de Martin Luther King, se promulgó la *Fair Housing Act*, que formalmente se integró como título VIII de la Ley de Derechos Civiles de 1968, cuyo objetivo general fue crear una igualdad de oportunidades de acceso a una vivienda para todos los habitantes de los Estados Unidos.

¹³²⁷ SAN SEGUNDO, Inmaculada Llorente, "La prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda residencial", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, No. 02, Editorial Reus, 2017, p. 59.

¹³²⁸ *Vid.* Manual de legislación Europea Antidiscriminación", *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Consejo de Europa, Luxemburgo, 2010, pp. 77 y 78.

propiamente, como por ejemplo, la negativa a vender o arrendar una vivienda, o la aplicación de condiciones desiguales en el contenido del contrato; y las discriminaciones que se producen en el uso de la vivienda, como la falta de mantenimiento, el hacinamiento, entre otras.

Dentro de las conductas discriminatorias más comunes suelen identificarse el rechazo o endurecimiento de las condiciones del contrato de alquiler, como por ejemplo establecer precios de arrendamientos más altos, o solicitar garantías adicionales que no guardan relación con el fin del contrato, como los avales bancarios, o la exigencia de depósitos de meses adicionales de fianza.

En ese orden, cualquier oferta pública de vivienda, ya sea de venta o alquiler, en la cual el oferente promueva la adquisición del producto que oferta, debe existir una prohibición expresa de discriminación.

La primera referencia en cuanto a la prohibición discriminación en el acceso a la vivienda se sitúa en el artículo 3 de la Directiva 2000/43/CE cuando dentro de su ámbito de aplicación determina que la Directiva “se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como privado, ...en relación con ...h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda”. De igual forma, la Directiva 2004/113/CE se refiere al acceso a la vivienda, específicamente cuando recae sobre arrendamientos de bienes inmuebles. Se demuestra con ello que, para el legislador europeo, ha sido una prioridad la protección de la vivienda por considerarse un bien esencial para la vida normal de cualquier persona, y el hecho de no tener acceso a ella supone una desigualdad social.

Por estas razones, la antigua concepción de considerar la facultad del arrendador o vendedor de elegir al arrendatario o comprador de una vivienda, amparada por la libertad contractual, en la actualidad queda limitada, y aunque ha sido criticada por algunos autores¹³²⁹, ya hace algún tiempo resulta un hecho

¹³²⁹ PICKER, Eduard, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht en: Egon LORENZ, (ed.) *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht*, Frankfurt, 2004, p. 63.

inadmisible la negativa de acceso a la vivienda a una persona bajo criterios de discriminación.

Para AGUILERA RULL¹³³⁰, la dificultad que genera la prohibición de discriminación en los contratos de arrendamiento o compraventa de inmuebles se basa en dos razones. La primera es que se trata de un contrato en el que se oferta un bien disponible para el público, con independencia de la persona, y aunque el que quiere vender o arrendar anuncia su oferta con el objetivo de ampliar el marco de posibilidades de materializar el contrato, es evidente que la otra persona no le es indiferente, precisamente por la naturaleza de larga duración que caracteriza este contrato, y que, por ende, proporcionan al arrendatario gran influencia sobre un bien propiedad del arrendador. Sin embargo, en las disposiciones normativas, como ha quedado claro, se incluye la vivienda dentro del ámbito de aplicación, pues no existe ningún motivo por el que pueda excluirse la prohibición de discriminación.

La segunda razón considera que el acceso a la vivienda constituye el centro en el que se desarrolla la vida privada y familiar de todas las personas, cuya protección es fijada por las Directivas como límite a la prohibición de discriminación. Por ello, la Directiva 113/2004/ en su décimo tercer considerando plantea: “la prohibición de la discriminación deberá aplicarse a las personas que presten bienes y servicios disponibles para el público, y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar (...)”. Se interpreta así que la Directiva no se aplica a las transacciones que se lleven a cabo en un marco puramente privado, como, por ejemplo, el alquiler de una vivienda de vacaciones a un miembro de la familia, o el de una habitación en una casa particular.

En el ámbito europeo, la última referencia a la discriminación residencial puede encontrarse en la Propuesta de Directiva del Consejo {SEC (2008) 2180}¹³³¹, que, según lo dispuesto en el artículo 3, literal d), prohíbe la discriminación en el

¹³³⁰ AGUILERA RULL, Adriana, “Prohibición de discriminación...”, *cit.*, pp. 9 y 10.

¹³³¹ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual {SEC(2008) 2180}{SEC(2008) 2181}.

acceso a la vivienda aunque esta disposición se aplicará a los particulares únicamente cuando estén ejerciendo una actividad profesional o comercial”.

El derecho español, por su parte, ha establecido recientemente, mediante el artículo 19 Anteproyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda, mediante el cual se dispone que las administraciones públicas garantizarán que las políticas de vivienda respeten el derecho a la igualdad de trato y prevengan la discriminación por cualquiera de las causas previstas en la presente Ley. De igual forma, establece que los prestadores de servicios de venta, arrendamiento o intermediación inmobiliaria estarán igualmente obligados a respetar en sus operaciones comerciales el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, prohibiendo dos cuestiones fundamentales: a) Rehusar una oferta de compra o arrendamiento, o rehusar el inicio de las negociaciones o de cualquier otra manera impedir o denegar la compra o arrendamiento de una vivienda por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la presente ley, cuando se hubiere realizado una oferta pública de venta o arrendamiento, b) Discriminar a una persona en cuanto a los términos o condiciones de la venta o arrendamiento de una vivienda con fundamento en las referidas causas. Por todo lo indicado puede concluirse que, lo que ha sido decisivo para el legislador europeo al prohibir las discriminaciones en el acceso a la vivienda, es la idea de que ésta es un bien esencial para la vida de cualquier ciudadano, y no tener acceso a ella supone una evidente exclusión social”¹³³².

Por su parte, en Ecuador, el derecho a la vivienda se reconoce dentro de los derechos del buen vivir. En ese sentido, el artículo 30 de la Constitución establece que los habitantes tendrán derecho a una vivienda digna, con independencia de su situación social y económica. Consecuentemente, en otros artículos, también se pone de manifiesto el derecho que todas las personas tienen de acceder a una vivienda. Por ejemplo, en el artículo 37, numeral 7, se establece que el Estado le garantizará a las personas adultas mayores el acceso

¹³³² *Vid.* Artículo 19 del Anteproyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

a una vivienda que les asegure una vida digna; el artículo 39 por su parte, en el segundo párrafo, reconoce que el Estado le garantizará a los jóvenes, entre otros, el derecho a la vivienda; y en el artículo 66, numeral 2 se reconocerá y garantizará a las personas, entre otros, el derecho a una vida digna, que asegure la vivienda.

De igual forma, el artículo 375 del propio texto magno prevé que el Estado, en todos sus niveles de gobierno, garantizará el derecho a la vivienda digna, para lo cual: 3. Elaborará, implementará y evaluará políticas, planes y programas de acceso universal a la vivienda, a partir de los principios de universalidad, equidad e interculturalidad, con enfoque en la gestión de riesgos; 4. Promoverá el alquiler en régimen especial; 5. Desarrollará planes y programas de financiamiento para vivienda de interés social, a través de la banca pública y de las instituciones de finanzas populares, con énfasis para las personas de escasos recursos económicos y las mujeres jefas de hogar; y 7. Asegurará que toda persona tenga derecho a suscribir contratos de arrendamiento a un precio justo y sin abusos.

De ello puede interpretarse que desde la Constitución no sólo se reconoce el derecho de acceso a una vivienda digna, sino también el derecho de todas las personas de poder suscribir contratos de arrendamiento a un precio justo y sin abusos, con lo cual se interpreta que se prohíbe de igual manera la discriminación en el acceso a la vivienda.

También resulta importante destacar que lo establecido por la norma suprema ecuatoriana se refuerza en el Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, cuando reconoce como objetivo No. 1: “Garantizar una vida digna con iguales oportunidades para todas las personas”, lo que incluye dentro de sus fundamentos, el derecho a una vivienda digna, adecuada y segura que garantice el bienestar colectivo de los habitantes en condiciones de igualdad y justicia, con lo cual se reconoce de forma expresa la igualdad de oportunidades para todas las personas en el acceso a la vivienda¹³³³.

¹³³³ Vid. Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, “Toda una Vida”, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – Senplades, 2017, Quito.

No obstante, a pesar que desde la Constitución se reconoce el derecho a la vivienda como un derecho fundamental, no existe en Ecuador un sistema de protección que incluya el control a las empresas inmobiliarias para que oferten planes de acceso a la vivienda a personas de escasos recursos, lo cual deviene claramente en una vulneración al principio de no discriminación por razones de condición económica, aunque no existan reclamaciones y tampoco denuncias registradas por tal motivo.

Se concluye así que la prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda constituye una regulación jurídica de carácter esencial que todos los ordenamientos debieran incorporar, especialmente el ecuatoriano, pues se trata de un bien esencial para el desarrollo de la vida ordinaria de los ciudadanos. Por ende, nadie podrá apelar a su intimidad para evadir una prohibición de discriminación.

5.8.3. La discriminación en los contratos de seguro

Antes de abordar la discriminación en los contratos de seguro, se deben dilucidar algunos elementos generales de esta figura contractual, cuya esencia y naturaleza lo distinguen de otros negocios jurídicos. El contrato de seguro es aquella relación en la que el asegurador se obliga a cubrir una serie de riesgos (previamente identificados) al asegurado, a cambio de una prima.

Se define también como el procedimiento por el cual un grupo de personas sujetas a eventualidades de posibles eventos dañosos (riesgos) reúnen sus contribuciones para resarcir al integrante de ese conjunto cuando llegare a sufrir dichos riesgos¹³³⁴.

Siendo así, la obligación del asegurador está vinculada al cobro de la prima, por lo que se establece una correlación entre la cobertura del riesgo y el pago de la prestación¹³³⁵. En tal sentido, la empresa puede delimitar los riesgos que

¹³³⁴ HALPERINI, Isacc, *Lecciones de Seguro*, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 282.

¹³³⁵ Respecto a la declaración de los riesgos *Vid.* GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “Conocimiento cualificado y declaración del riesgo del asegurado. De nuevo sobre los elementos del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro comentario a la sentencia 30 de mayo 2018 (RJ 2018 2339)”,

asegura, y para ello, la persona debe estar individualizada mediante límites temporales y materiales. En el contenido del contrato queda establecido lo que se cubre y lo que se excluye, elementos esenciales para la materialización del seguro¹³³⁶.

La determinación del riesgo constituye un elemento esencial en el contrato¹³³⁷, y a la vez, se compone de dos elementos: por un lado la posibilidad; y por otro, el evento dañoso. El primero establece que el riesgo se infiere de un hecho futuro e incierto; el segundo, relaciona el daño con un evento desfavorable al titular del seguro¹³³⁸.

Por esta razón, la viabilidad del contrato depende de que el cálculo de probabilidades se lleve a cabo garantizando la equivalencia entre la prestación y contraprestación que debe buscarse en la relación que existe entre las prestaciones del asegurador, y la del colectivo de los asegurados; más no en las prestaciones de cada contrato considerado de forma individual¹³³⁹.

Precisamente, la contratación de seguros constituye uno de los ámbitos donde la aplicación del principio de no discriminación genera mayores controversias y dificultades para el legislador y el juez¹³⁴⁰, pues precisamente se trata de un contrato cuya base con las condiciones individuales de las personas aseguradas.

en *Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil*, No. 109, 2019, pp. 201-226 y AGUILERA RULL, Ariadna, "Prohibición de discriminación...", *cit.*, p.134.

¹³³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Tomo I, Editorial Rubizal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 23.

¹³³⁷ VELGA COPO, Abel y Albert, SÁNCHEZ GRAELLS, "Discriminación por razón de sexo y prima del contrato de seguro. Análisis críticos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 1 de marzo de 2001, en el asunto C-236/09", en *RIS*, No. 34, Vol. 20, Luxemburgo, 2011, p. 79.

¹³³⁸ HALPERINI, Isacc, *Lecciones de Seguro... cit.*, p. 282.

¹³³⁹ MUÑOZ GARCÍA, Alfredo, "La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercantil" en: MONTOYA MELGAR, Alfredo (dir.)/ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda (coord.), *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 441-494.

¹³⁴⁰ Sobre este tema, recientemente, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la excepción prevista en el artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/CE, que permitía a los Estados miembros autorizar diferencias de primas en relación al sexo cuando este fuera un factor determinante de la evaluación del riesgo. El Tribunal de Justicia determinó en el fallo que dicha excepción era contraria al principio de igualdad y de no discriminación garantizado por el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea y declaró inválida dicha disposición con efectos al 21 de diciembre de 2012. *Vid.* Tribunal de Justicia, asunto *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* (STJ de 1.3.2011; As. 236/09).

Al respecto, la observancia de las características individuales de las personas aseguradas constituye uno de los pilares de la contratación de seguros, específicamente seguros como el de vida y asistencia médica, donde el asegurador emplea patrones de riesgo muchas veces coincidentes con lo que se pretende proteger con la prohibición de discriminación.

Las diferencias en la esperanza de vida determinan que las mujeres paguen unas primas más elevadas que los hombres en los seguros de supervivencia. En el caso de los seguros de muerte prematura¹³⁴¹, sucede justamente lo contrario, aquí serán los hombres los que pagan las primas más elevadas. En estos casos, las aseguradoras se obligan a pagar al beneficiario una cantidad si el asegurado muere antes de una determinada fecha¹³⁴².

Si nos adentramos en el ámbito normativo, es la Directiva 2004/113/CE la que hace referencia a la prohibición de discriminación en la contratación de seguros. En ella se establece que el empleo de factores actuariales basados en el sexo no deberá dar lugar a diferencias en las primas y prestaciones de personas individuales¹³⁴³.

Especialmente, en el artículo 5 se reconoce que los Estados miembros deberán velar porque los contratos de seguros celebrados después del 21 de diciembre de 2007, no contemplen diferencias en las primas y servicios financieros afines por razón del sexo de la persona. En tal caso, tales diferencias serán admitidas sólo cuando la consideración de este criterio constituya un factor determinante en la evaluación del riesgo. Válido resulta señalar que la Directiva, en aras de evitar un reajuste repentino del mercado, limita su aplicación a los nuevos contratos celebrados después de la fecha de incorporación de la norma.

¹³⁴¹ En estos supuestos, las aseguradoras se obligan a pagar al beneficiario una cantidad si el asegurado muere antes de una determinada fecha.

¹³⁴² AGUILERA RULL, Ariadna, "Prohibición de discriminación...", *cit.*, pp. 11 y 12.

¹³⁴³ De igual forma, los preceptos establecidos en esta Directiva son ratificados en la Directiva 2010/41/CE de fecha 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma¹³⁴³. *Vid.* Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

De acuerdo al reconocimiento brindado en el ámbito comunitario, se aprecia una transformación en el eje de referencia del contrato, pasando de la igualdad puramente formal entre los contratantes, a la igualdad sustancial. Se construye así un complejo camino sobre la regulación de los contratos asimétricos y el control sobre la justicia contractual¹³⁴⁴.

El legislador europeo acepta también las diferencias de trato cuando la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal a personas de cualquier sexo, esté justificada por un propósito legítimo, y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios¹³⁴⁵, lo que permite al asegurador optimizar sus beneficios cuando reduce los costes de la información que se requiere.

Sin embargo, es la propia norma la que establece un límite absoluto sin excepciones al asegurador, cuando prescribe que los costes relacionados con la maternidad y el embarazo, no podrán originar diferencias de primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente¹³⁴⁶.

Para determinar estos riesgos, existen algunos indicadores neutrales que no vulneran directamente el principio de no discriminación. Pueden nombrarse los seguros de vida o asistencia médica, los hábitos del asegurado, su aversión al riesgo, la salud, las enfermedades que ha padecido y su profesión.

En los contratos de seguros de automóviles se consideran indicadores como la edad del conductor, el tipo de coche y los años de experiencia¹³⁴⁷. A estos elementos se suman otros que inciden directamente en el principio de prohibición de discriminación y su aplicación en la contratación privada, pues traen como consecuencia la diferenciación por razón de género o raza. En el caso del primero, al exigir que las mujeres paguen primas más elevadas en los casos de

¹³⁴⁴ NAVARRETTA, Emanuela, "Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato...", *cit.*, p. 132.

¹³⁴⁵ *Vid.* artículo 4, inciso 5 de la Directiva 2004/113.

¹³⁴⁶ *Vid.* artículo 5.3 de la Directiva 2004/113.

¹³⁴⁷ FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, "Seguros de vida y discriminación sexual", en *InDret* No. 4, Barcelona, 2004, p. 15.

seguros de vida o de asistencia médica; y en el segundo, al establecer mayores primas para los extranjeros en los seguros de automóviles.

Por otra parte, en los seguros de supervivencia, la prestación del asegurador tendrá lugar cuando el asegurado sobreviva a una fecha determinada, a diferencia del seguro de vida de capital diferido, en los que se percibe una cantidad de dinero y se paga una renta vitalicia durante el tiempo de vida¹³⁴⁸.

En los seguros de asistencia sanitaria¹³⁴⁹ son las mujeres las que, según las estadísticas, deben pagar más, pues representan más gastos que los hombres por razones como el embarazo y la maternidad, aspectos que elevan las prestaciones a las que quedan obligadas¹³⁵⁰.

En la contratación de seguros, las compañías aseguradoras fijan las primas a pagar considerando el sexo del asegurado, lo que representa una discriminación estadística, que resulta menos costosa porque se aprecia a simple vista. Sin embargo, el sexo no determina los hábitos alimenticios de una persona, o su adicción al alcohol, o los gastos médicos que requiere, así como tampoco los accidentes en los que pueda verse involucrada.

La prohibición de discriminación por razón de género en los contratos no impide que se realice una valoración objetiva y relevante sobre el mismo. Autores como AGUILERA RULL plantean una solución efectiva para equilibrar la prohibición de discriminación y los derechos derivados de la contratación entre particulares de los aseguradores. Según la autora, es posible calcular el riesgo total asumido

¹³⁴⁸ TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, "Los seguros de personas", en OLIVENCIA, Manuel/ FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos, JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael (dirs.)/ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (coord.), *Tratado de derecho mercantil*, Tomo. XLVI, Vol. 3, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 54.

¹³⁴⁹ El seguro de asistencia sanitaria es el contrato mediante el cual el asegurador, a cambio del pago de una prima, se obliga a prestar al asegurado los servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos o de internamiento en centros hospitalarios dentro de los parámetros pactados en la póliza de seguro. *Vid.* ELGUERO MERINO, José María, *El contrato de seguro*, Fundación MAPFRE Estudios, Majadahonda, Madrid, 2004, p. 184.

¹³⁵⁰ CAMACHO CLAVIJO, Sandra, "Embarazo y nuevo seguro de personas", LÓPEZ DE LA CRUZ/OTERO CRESPO (coords.)/GARCÍA RUBIO/VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1137; AGUILERA RULL, Ariadna, "Prohibición de discriminación...", *cit.*, pp. 11 y 12; DE PAZ COBO, Sonia/ CARO CARRETERO, Raquel/ LÓPEZ ZAFRA, Juan Manuel, "El principio de igualdad sexual en el Seguro de Salud. Análisis actuarial de su impacto y alcance", *Cuadernos de la Fundación, Fundación MAPFRE*, Madrid, 2010, p. 18.

por la aseguradora equilibrando los costes, al considerar los riesgos individuales de esperanza de vida de mujeres y hombres aplicando tablas de mortalidad diferentes en función del sexo. Esta posición conllevaría a que en un segundo momento se fije una tarifa *unisex* que reparte los costes mayores de asegurar a una mujer en un seguro de supervivencia, y los de asegurar a un hombre con un seguro de muerte prematura entre los asegurados de ambos sexos¹³⁵¹.

Otra alternativa de no discriminación por razón de sexo podría encontrarse en el sistema de copago. Se trata de un sistema utilizado por compañías aseguradoras para que se produzca un reparto proporcional de los costes causados mediante los cuales, el asegurado paga una cantidad cada vez que acude al médico, y de esta forma se imponen los costes a los que efectivamente emplean el servicio contratado¹³⁵².

Sin embargo, esta opción de encontrar otros indicadores distintos al género para determinar los riesgos, constituiría un aumento de los costes para aseguradores y asegurados, pues se desencadenaría un incremento de las primas a un número considerable de individuos que antiguamente no se consideraban dentro del grupo de alto riesgo (por ejemplo, los hombres en los seguros de asistencia sanitaria, o las mujeres en el seguro de responsabilidad de automóvil)¹³⁵³.

Si se analiza esta posición, resulta válido resaltar que, aun cuando el cálculo del riesgo se establece teniendo en cuenta las tablas de mortalidad diferenciadas, existiría un aumento de la prima, y en ese caso, la aseguradora tendría una variable adicional, que es justamente, la proporción de edad de los asegurados de sexo masculino y femenino¹³⁵⁴.

La prohibición de la diferenciación estadística repercute en la determinación de los indicadores de riesgos. En caso de no emplearse el sexo o el origen racial, el asegurador deberá acudir a otros indicadores más costosos, los que no serán

¹³⁵¹AGUILERA RULL, Ariadna, "Prohibición de discriminación...", *cit.*, p. 146.

¹³⁵²VELGA COPO, Abel y Albert, SÁNCHEZ GRAELLS, "Discriminación por razón de sexo...", *cit.*, p. 81.

¹³⁵³THIERY, Ives y Caroline, VAN SCHOUBROECK, "Fairness and Equality in Insurance Classification", *The Geneva Paperson Risk and Insurance*, No. 31, 2006, pp. 190-211.

¹³⁵⁴SAEZ DE JÁUREGUI SANZ, Luís María, "La igualdad efectiva de mujeres y hombres: aspectos relacionados con las tablas actuariales de supervivencia", *Dossier actuarios: La igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, 2007, pp. 1-16.

asumidos realmente por la empresa aseguradora, sino que se distribuirán entre el colectivo de asegurados.

Por ello es que se justifica el contenido del artículo 5.2 de la Directiva 2004/113 cuando emplea el género como factor de diferenciación sólo cuando constituya un elemento determinante en la evaluación del riesgo, pues la exclusión absoluta del sexo obligaría a las aseguradoras a obtener información mediante mecanismos más costosos que conllevaría al cobro de primas más elevadas para todos los asegurados.

Otro de los supuestos de discriminación en la contratación de seguros se configura en relación a la raza u origen étnico, específicamente en los contratos de seguro de automóviles. En este tipo de contrato, el asegurador se obliga a cambio de una prima, ante cualquier hecho que se relacione con la circulación, y en el que se ocasionen daños corporales o materiales para terceros¹³⁵⁵. En el caso de los seguros obligatorios de automóviles, las aseguradoras establecen primas más elevadas o se niegan a contratar con extranjeros.

Siendo así, aunque la Directiva 2004/113/CE intente reconocer que el género no se emplee como un factor de diferenciación, permite la discriminación estadística siempre y cuando se requiera para evaluar los riesgos. Sin embargo, este aspecto que debió prohibirse forzando a las compañías aseguradoras a utilizar tarifas unisex.

La legislación alemana se dio a la tarea de erradicar esta causa de discriminación a través de la promulgación de la Ley sobre la supervisión de las compañías aseguradoras (*Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen*), en la que se clasifica como una situación anómala el cálculo de primas basados en la nacionalidad del asegurado¹³⁵⁶.

¹³⁵⁵ MORILLAS JARILLO, María José, *El seguro del automóvil: El aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, p. 20.

¹³⁵⁶ Ley sobre la supervisión de las compañías aseguradoras (*Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen*).

El legislador alemán se aleja de la transposición separada de las Directivas 2000/43/CE y la 2004/113/CE, y decide unificar en la Ley general de igualdad de trato (AGG), la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios.

En cuanto al reconocimiento normativo, la prohibición de discriminar en el ámbito de la contratación de seguros no es absoluta. La ley alemana admite que la aseguradora pueda dispensar un trato diferenciado en atención al género cuando este factor sea determinante para la evaluación de los riesgos. En este caso, se justifica la discriminación por razón de género en la contratación de seguros cuando sea indispensable para la valoración de los riesgos del asegurado, elemento que la diferencia de la discriminación por razón de raza u origen étnico, en la que el trato diferenciado no se admite bajo ningún concepto¹³⁵⁷.

La legislación alemana reconoce la prohibición de discriminación en materia de contratación de seguros en el artículo 19 de la AGG. Seguidamente, dentro del propio apartado primero, en su segundo inciso, reconoce que la diferencia de trato por razón de sexo en la fijación de las primas y prestaciones solo estará justificada si el sexo constituye un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos relevantes y exactos.

En el caso de los costes relacionados con el embarazo y el parto, no podrán llevar en ningún caso a diferencias en las primas y prestaciones. Las diferencias de trato por razones como la religión, la discapacidad, la edad o la identidad sexual, sólo serán admisibles si se basan en principios reconocidos de cálculo de riesgos, en especial en una valoración del riesgo determinada a partir de datos actuariales y estadísticos. Con ello se demuestra que en este ámbito la prohibición de discriminación no es absoluta.

El legislador español en cuanto a la prohibición de los supuestos de discriminación por razón de sexo y origen étnico ha sido un poco más escueto, no obstante, se establecen importantes regulaciones en relación al tema que se referirán a continuación.

¹³⁵⁷ INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...", *cit.*, p. 213.

Por ejemplo, la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro en España establece en su Disposición adicional cuarta una prohibición expresa de discriminación para aquellas personas que sean portadoras de VIH/SIDA. El contenido de la disposición establece:

“No se podrá discriminar a las personas con discapacidad en la contratación de seguros. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”¹³⁵⁸.

De igual forma, el artículo 29 de la Ley 62/2003 de medidas fiscales y administrativas y del orden social¹³⁵⁹, establece la garantía de establecer medidas para que el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de origen racial o étnico de las personas sea real efectivo en el acceso a cualquier bien y servicio, incluyendo todos los supuestos de discriminación. Se interpreta así de forma amplia que se incluyen en este artículo prohibiciones de discriminación en el acceso a los contratos de seguro¹³⁶⁰.

De igual forma, el artículo 69 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios de todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar. Por ende, quedarán obligadas al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, impidiendo la existencia de discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.

En el mismo sentido, el artículo 71 en su primer apartado prohíbe la discriminación en los que se considere el sexo como factor de cálculo de primas

¹³⁵⁸ Ley 50/1980 del Contrato de Seguro en España de fecha 8 de octubre (BOE núm. 250, de fecha 17 de octubre de 1980).

¹³⁵⁹ *Vid.* artículo 29 de la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, 31 de diciembre de 2003), Madrid.

¹³⁶⁰ Como puede observarse, esta norma realiza una transposición de la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

y prestaciones, siempre que se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas. De igual forma, los costes relacionados con el embarazo y el parto no justificarán diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, sin que puedan autorizarse diferencias al respecto¹³⁶¹.

Seguidamente, el artículo 72 reconoce como consecuencias del incumplimiento de las prohibiciones que, sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que sufra una conducta discriminatoria tendrá derecho a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

En relación a ello, el Gobierno aprobó el Decreto 1361/2007, por el que se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados¹³⁶². En él se admite la diferenciación por razón de sexo siempre que este sea un factor determinante en la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos, en función del análisis del riesgo realizado por la entidad, admitiéndose diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente. Sin embargo, en ningún caso, los costes y riesgos relacionados con el embarazo y el parto justificarán diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente¹³⁶³.

Del tratamiento brindado en el ordenamiento jurídico español a la aplicación del principio de prohibición de discriminación en materia de seguros, se puede apreciar la transposición de la Directiva 2004/113/CE, regulación en la que también se incluye la justificación en el actuar diferenciador, siempre y cuando se fundamente en datos actuariales estadísticos.

Relacionado con el tema, se aprueba también la Ley 4/2018, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los

¹³⁶¹ *Vid.* artículo 71, primer y segundo apartado de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹³⁶² Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, en materia de supervisión del reaseguro, y de desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en materia de factores actuariales (BOE núm. 254, de fecha 23 de octubre de 2007).

¹³⁶³ *Vid.* artículo 76, apartados 6, 7 y 8.

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹³⁶⁴. La modificación tiene por finalidad erradicar del ordenamiento jurídico cualquier aspecto que limite la igualdad de oportunidades y promuevan la discriminación por cualquier motivo.

Con ello, se niega la posibilidad de discriminación en el acceso a la contratación, específicamente en aquellos contratos en los que se imponen por el asegurador primas más onerosas por razón de tener VIH/SIDA, o cualquier otra enfermedad que afecte la salud, salvo que estas diferenciaciones se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, y se hallen documentadas previa y objetivamente. Se concluye así que la Ley justifica la enfermedad como un factor de diferenciación.

En España, el ya citado Anteproyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación establece también que para la concertación de los contratos de seguro, no podrán establecerse diferencias de trato en las condiciones de los mismos por ninguna de las causas que la propia ley menciona en el artículo dos, con excepción de aquellas que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro y a las condiciones objetivas de los solicitantes (*Vid.* artículo 20.2).

Por su parte, en Ecuador, la Ley General de Seguros contiene solo una disposición de alcance muy general en el artículo 25, en el que se establece que las pólizas deberán sujetarse mínimo a un conjunto de condiciones, entre las que se enumera en su primer literal a) “Responder a normas de igualdad y equidad entre las partes contratantes”¹³⁶⁵, regulación que también es reconocida en el Código Orgánico, Monetario y Financiero¹³⁶⁶.

¹³⁶⁴ Ley No. 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm.142, de fecha 12 de junio de 2018).

¹³⁶⁵ Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional, Ley General de Seguros de Ecuador, de fecha 3 de abril de 1988, Registro Oficial No. 290, 3 de abril del año 1998.

¹³⁶⁶ Código Orgánico, Monetario y Financiero, Segundo Suplemento, Registro Oficial, No. 332, 12 de septiembre de 2014, Quito.

La Ley *en comento* refiere que se aplicarán además de forma supletoria las disposiciones reflejadas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor¹³⁶⁷. Esta última reconoce en su artículo 4 como derechos fundamentales del consumidor en su numeral 5 el “Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida”.

Además de lo dispuesto en las normas anteriores, la contratación de seguros deberá regirse por lo regulado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en el Ecuador¹³⁶⁸, la que reconoce también el principio de no discriminación en su artículo 9 cuando establece como un abuso del poder del mercado la discriminación injustificada de condiciones o modalidades de fijación de precios.

Respecto a ello, resulta válido señalar dos factores, en primer lugar, que se reconoce indirectamente a través de la interpretación del precepto, que el pago de diferentes precios en las primas en la contratación de seguro constituye un abuso del poder del mercado; y, en segundo lugar; que el artículo establece que esta prohibición sólo podrá alegarse cuando responda a una causa justificada, posición que ha sido adoptada por las legislaciones foráneas aludidas con anterioridad.

La Ley General de Seguros no establece expresamente la prohibición de discriminación en esta materia, sino que su reconocimiento viene aparejado a normas de aplicación supletoria como las que se han analizado: la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, normativas que aunque reconocen el principio de no discriminación, no representan una verdadera protección jurídica del asegurado frente a las negativas de contratación o diferenciaciones de primas basadas en factores como el sexo, la raza, la edad, enfermedad, entre otras, pero que, en todo caso,

¹³⁶⁷ Congreso Nacional de Ecuador, Ley 21, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Registro Oficial Suplemento 116, 10 de julio de 2000.

¹³⁶⁸ Asamblea Nacional de la República de Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en el Ecuador, Registro Oficial Suplemento 555, de fecha 13 de octubre de 2011.

ante eventuales supuestos de discriminación, pudieran aplicarse en concordancia con el artículo 11.2 de la Constitución que prohíbe expresamente la discriminación.

En resumen, la determinación de los riesgos según el sexo u origen étnico del asegurado resulta contradictoria, pues supone repartir las consecuencias sociales que ocasiona la discriminación sobre los miembros del colectivo discriminado. El hecho de distinguir por razón de género, raza u origen étnico, enfermedad o cualquier otra causal de discriminación, acrecienta la vulneración de derechos a los que es sometido el colectivo mediante la ratificación de estereotipos sociales.

Si analizamos la jurisprudencia europea en lo concerniente a la prohibición de discriminación en los contratos de seguro, podemos decir que la ampliación del Derecho antidiscriminatorio al ámbito contractual se ha hecho eco en la jurisprudencia del TJUE, que, mediante la Sentencia de 1 de marzo de 2011 (*caso Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier contra Conseil des ministres*)¹³⁶⁹ ocasionó un gran impacto en el sector de los seguros. La sentencia presentada ante la Corte Constitucional Belga en relación con la demanda alegada por una asociación belga de consumidores y otros sujetos, contra el Consejo de Ministros de Bélgica en la que se solicitaba la anulación de la ley Belga¹³⁷⁰, adecúa el derecho de este país a la Directiva 2004/113/CE.

Al respecto, los accionantes consideraron que esta Ley, aprobada en ejercicio de la facultad de ofrecer las excepciones comprendidas en el artículo 5 apartado 2 de la Directiva, era contraria al principio de igualdad de género. La sentencia representó un hito histórico en la lucha contra la discriminación por razón del

¹³⁶⁹ Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 1 de marzo de 2011 (*caso Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier contra Conseil des ministres*).

¹³⁷⁰ Ley Belga de 21 de diciembre de 2007, Aprobada por el Parlamento Federal de Bélgica, Bruselas.

sexo, constituyendo otro paso importante hacia la constitucionalización del Derecho Privado¹³⁷¹.

De igual forma, la discriminación ha sido denunciada en sentencias como la de Audiencia Provincial de Rottweil (*LG Rottweil*) de 30 de diciembre de 1988¹³⁷², en la que se deja sin efecto la resolución de un contrato de seguro obligatorio de coche por parte de una aseguradora que actuó motivada por la nacionalidad turca del asegurado. En ella se establecía que la resolución del contrato es fundamentada tan sólo por la nacionalidad turca del demandante, y no porque esta encarnara un riesgo especial; lo que se evidencia tras el intento frustrado por parte de la demandada de que la entidad supervisora autorizara un suplemento de riesgo para turcos y yugoslavos. En el caso, finalmente se demuestra la forma en la que la aseguradora trató de limitar el círculo de asegurados de dicha procedencia, lo que manifiesta que la intención del demandado era deshacerse de sus vínculos contractuales con todo nacional turco¹³⁷³.

En España, La Audiencia Provincial de la Coruña conoció de un caso en el que la Compañía aseguradora “Sanitas, Sociedad Anónima de Seguros”, se negó a contratar un seguro de asistencia médica con una menor, motivado en el hecho de que padecía de síndrome de Down¹³⁷⁴. El Juzgado de Instrucción No. 1 de Ferrol estimó la demanda interpuesta por los padres de la menor, y condenó a la Compañía aseguradora al pago de 6.000 € en concepto de daños morales. Sin embargo, más adelante, la Audiencia Provincial admitió el recurso interpuesto por la Compañía aseguradora Sanitas S.A. y revocó la decisión de instancia.

En los fundamentos de la audiencia se alegó que la decisión de revocar la sentencia estimatoria de instancia es que no se dio un trato discriminatorio, sino un trato desigual motivado por las diferencias existentes entre dos supuestos

¹³⁷¹ INFANTE RUIZ, Francisco, “La perspectiva de género en el nuevo derecho de los contratos...”, *cit.*, p. 152.

¹³⁷² Audiencia Provincial de Rottweil (*LG Rottweil*), de 30 de diciembre de 1988, NJW-RR1989, pp. 536 y 537.

¹³⁷³ AGUILERA RULL, Ariadna, “Prohibición de discriminación...”, *cit.*, p. 12.

¹³⁷⁴ *Vid.* AP de La Coruña de 15.5.2009 [AC\2009\1087; MP: Rafael Jesús Fernández Porto García.

distintos. Y aunque no sea lo mismo asegurar a una persona sana, que a una persona con síndrome de Down, la Audiencia Provincial debió haber resuelto aplicando la proporcionalidad exigida para resolver este tipo de asuntos.

Como afirma AGUILERA RULL¹³⁷⁵, aunque el riesgo de sufrir ciertas enfermedades aumente en personas con síndrome de Down, también lo es que el resultado de impedir el acceso al seguro es desproporcionado. Y justamente para ello, el artículo 71 de la Ley Orgánica 3/2007, en su primer apartado permite, en el ámbito de la discriminación por sexo, la consideración de determinadas diferencias de primas fundadas en datos actuariales, prohibiendo también aquellas negativas a contratar basadas en el sexo. Teniendo en cuenta estos criterios, la Audiencia hubiera podido distinguir entre los supuestos de contratación en condiciones distintas, teniendo tomando en consideración el mayor riesgo asociado para asegurar a una persona con síndrome de Down, y las negativas para celebrar un contrato.

Por todo lo indicado se puede concluirse que, en la contratación de seguros, se estima que podrán utilizarse indicadores alternativos distintos al sexo o la raza, y en estos casos, no se limita o menoscaba el derecho de los aseguradores a contratar, ni se les impone una obligación que le corresponde al orden público. La discriminación estadística basada en cualquiera de los motivos de discriminación es un fenómeno muy común en la contratación de seguros.

La diferencia de trato en base al sexo se justifica en la necesidad de garantizar que las primas se correspondan con la probabilidad de que se produzca el riesgo identificado, sin embargo, conforme se establece en las normas analizadas que regulan el empleo del sexo como factor de diferenciación en las primas, el asegurador sólo podrá emplearlo cuando se justifique como determinante en la evaluación de los riesgos, considerando siempre datos estadísticos, justificación que deberá acompañar por analogía al empleo de cualquiera de los supuestos de discriminación como un criterio de diferenciación de las primas o negativa a contratar.

¹³⁷⁵ Vid. AGUILERA RULL, Adriana, *Contratación y diferencia... cit.*, p. 77.

5.8.4. La prohibición de discriminación en la concesión de crédito y en los contratos bancarios

La discriminación tiene lugar no solo en los contratos de seguro, sino también en el sector bancario, en el que, a partir de criterios aparentemente neutrales adoptados por las entidades crediticias, se perjudica a un determinado grupo de personas, sin tener en consideración que los impedimentos que se le imponen a la víctima de la discriminación para acceder al crédito, reducen las posibilidades de que esta pueda participar de forma activa en el ámbito económico, además de fomentar la desigualdad.

Las prácticas discriminatorias en este ámbito se manifiestan en la solicitud que realiza la entidad bancaria para que, como requisito, la persona que solicita el crédito aporte como garantía una prueba de estabilidad laboral; requisito que limita el acceso al crédito de los trabajadores que cuentan con un contrato por tiempo determinado (por ejemplo los extranjeros), en el que, esta exigencia previa resulta injusta porque no constituye realmente una garantía real de estabilidad económica.

Otro elemento discriminatorio puede apreciarse en la verificación del historial de crédito que realiza la entidad bancaria, donde evidentemente son los extranjeros o minorías étnicas los que presentan más dificultades por su situación de precariedad laboral y estabilidad económica, elementos que, sin dudas, influyen en su historial crediticio, ocasionando que el número de créditos que hayan adquirido sean menores, lo cual los ubica en una situación de doble discriminación.

En el caso de la contratación bancaria, la aplicación de prácticas como la fijación variable del precio y las condiciones de los créditos al consumo, tienen un impacto negativo que afecta a los miembros de determinadas etnias, por ello, pueden ser consideradas indirectamente discriminatorias si no están objetivamente justificadas. La prohibición de estas prácticas propicia que las

decisiones de la entidad bancaria en la concesión de los créditos se adopten de forma igualitaria y transparente.

En los contratos de crédito, al igual que en los contratos de seguros, puede observarse una discriminación estadística que utiliza datos matemáticos para determinar la solvencia de los potenciales clientes. Para ello, suele emplearse la calificación crediticia o el *credit scoring*¹³⁷⁶, como también se le denomina, a partir del cual, mediante el análisis de datos estadísticos, se le asigna a cada factor determinante en el estado de solvencia del solicitante, un valor numérico que influirá en la decisión de concesión o no del crédito, en dependencia de la puntuación total que obtenga el cliente.

De igual forma, se suelen considerar como elementos a tener en cuenta para determinar la solvencia de los solicitantes la estabilidad laboral o la permanencia en un determinado empleo, el historial crediticio, el tiempo en el que permanezca en un domicilio, el número de hijos, la zona en la que residen, entre otros, los cuales posicionan a las minorías étnicas y a las mujeres en una situación de desigualdad por no reunir los requisitos exigidos¹³⁷⁷.

En este contexto, deberá valorarse con especial cuidado si realmente estos colectivos pueden considerarse menos solventes que los demás, pues impedir o condicionar el otorgamiento de un crédito a que el cliente demuestre su estabilidad laboral perjudica a extranjeros y miembros de minorías étnicas que generalmente cuentan con un empleo en sectores en los que predominan los contratos temporales.

De igual forma, tomar en cuenta de forma determinante la historia crediticia del posible adquirente del crédito puede tener efectos discriminatorios, máxime si se considera que el historial crediticio se basa casi siempre en aspectos como el pago puntual de las cuotas de una hipoteca o de otros créditos bancarios¹³⁷⁸. En

¹³⁷⁶ La calificación crediticia (o *credit scoring*) es una metodología de evaluación crediticia que consiste en asignar un puntaje al potencial deudor. De esta forma, se intenta medir la solvencia del cliente, basándose en el historial de préstamos del solicitante, información que es proporcionada por las entidades que reúnen información de todos los usuarios del sistema financiero (las centrales de riesgo).

¹³⁷⁷ AGUILERA RULL, Adriana, *Contratación y diferencia... cit.*, pp. 243 y 244.

¹³⁷⁸ VÁZQUEZ PASTOR- JIMÉNEZ, Lucía, "El préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda. Una cuestión de riesgos", en *Actualidad Civil*, No. 13, Madrid, 2011, pp. 1451-1475.

este caso, los solicitantes que no hayan podido acceder a créditos hipotecarios, les será imposible demostrar que han cumplido en tiempo con sus obligaciones¹³⁷⁹.

Sin embargo, si se ampliaran las formas de considerar el historial crediticio al cumplimiento de otros requisitos como el pago de un arrendamiento o el pago de servicios básicos, le otorgaría la posibilidad a la mayoría de los miembros de la comunidad de demostrar su solvencia económica, que no tiene que circunscribirse solo a los requisitos antes mencionados. Con ello, se garantizaría la igualdad real de oportunidades en el acceso a los servicios como el crédito o los contratos bancarios.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, es normal que las entidades bancarias tengan en cuenta el cálculo estandarizado del riesgo para la concesión de un crédito. Sin embargo, lo que si no es admisible es la consideración del sexo o el origen étnico, pues estos elementos en nada inciden para determinar la confianza que pueda tener el banco en estas personas como posibles clientes. En todo caso, el solicitante de un crédito solo deberá demostrar los requisitos que garanticen su solvencia económica a fin de responder con las obligaciones que se derivan de este contrato. Por ello, tanto en los contratos de crédito al consumo, como en los contratos de cuenta corriente, e incluso, los de concesión de hipotecas, debería prohibirse cualquier manifestación de práctica discriminatoria, ya fuera directa e indirecta.

Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE intentan poner freno a las conductas discriminatorias que tienen lugar en la contratación bancaria, pues se considera este particular como una conducta que le permite a las personas acceder a los bienes y servicios, aunque en este caso sean bancarios.

No obstante, en el ordenamiento jurídico se han excluido los contratos de crédito como posibles formas de discriminación, porque el legislador alemán ha entendido que no pueden ser considerados contratos en masa, ni contratos en los que la persona tiene una importancia secundaria, lo cual no es adecuado ni

¹³⁷⁹ *Idem*, p. 244.

con la propia la Ley general de igualdad de trato (AGG), ni con la regulación de la Directiva 2004/113/CE.

Si comparamos la regulación expresa sobre la prohibición de discriminación en los contratos de seguro, no existe justificación que permita a las entidades bancarias violar la prohibición de discriminación cuando las compañías aseguradoras son sometidas a dicha prohibición. De igual forma, la negativa de concesión de un crédito tiene repercusión negativa tanto en los contratos de seguro, como en los de acceso al crédito. Por ello, si los efectos negativos del actuar discriminatorio pueden configurarse en ambos supuestos, no se justifica la negativa de aplicación de la prohibición de discriminación en los contratos de crédito bancario¹³⁸⁰.

En el caso de Ecuador, el artículo 48 de la Constitución, en su segundo numeral, establece que el Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren, entre otros, "... la obtención de créditos..." que les permita iniciar y mantener actividades productivas, regulación que, aunque con un carácter general, le garantiza a estas personas que no se emplee este factor de discriminación como un criterio negativo para la concesión de un crédito.

Por otro lado, el acceso al crédito se reconoce a través de la Ley Orgánica para Regulación de Créditos para Vivienda y Vehículos¹³⁸¹, normativa que establece las bases generales para la concesión de los créditos, pero que, sin embargo, resulta omisa en cuanto a la aplicación del principio de no discriminación, elemento que posiciona a los solicitantes en un estado de desprotección que puede afectar sus condiciones de vida y el acceso a determinados bienes y servicios.

El vacío normativo de esta ley afecta la concesión de créditos para el acceso a determinados servicios, por ejemplo la vivienda, cuando las conductas discriminatorias se manifiestan desde instituciones como el Banco del Instituto

¹³⁸⁰ THÜSING, Gregor, *Arbeitsrechtlicher Antidiskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote*, Verlag C. H. Beck, München, 2007, pp. 25 y 26.

¹³⁸¹ Asamblea Nacional de Ecuador, Ley Orgánica para Regulación de Créditos para Vivienda y Vehículos, Registro Oficial Suplemento No. 732, de fecha 26 de junio de 2012, última modificación de fecha 29 de diciembre de 2017.

Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS) y los demás bancos del Ecuador, que, para admitir y dar paso al proceso de solicitud del crédito, utilizan categorías discriminatorias como la edad, la nacionalidad, la estabilidad laboral, entre otras, que permiten negar el trámite desde el inicio, y que demuestran claramente la vulneración del principio de igualdad y no discriminación reconocido desde la Constitución.

En síntesis, puede concluirse que la aplicación de criterios de selección para la concesión de créditos ocasiona una cadena múltiples de discriminaciones a lo largo de la vida de la persona, pues se utiliza como factor de evaluación la historia crediticia del solicitante, lo que conlleva a que una vez discriminado, disminuyan las posibilidades futuras de acceso al crédito debido a la inexistencia de un historial de crédito.

De allí que se considere totalmente discriminatorio tener en cuenta elementos como la estabilidad laboral, el historial crediticio, la nacionalidad o la tenencia de un contrato de trabajo por parte del potencial cliente para otorgar un crédito, elementos que, sin lugar a dudas, fomentan la exclusión y la diferencia.

Someter este tipo de prácticas a la prohibición de la discriminación indirecta supone, exigir de las entidades de crédito que revisen los criterios que utilizan y que garanticen que éstos son realmente indicativos de la solvencia de todos los consumidores.

En cuanto al tratamiento jurisprudencial brindado a las conductas discriminatorias en el acceso al crédito, pueden mencionarse, por ejemplo, las prácticas adoptadas en la financiación de compra de automóviles, en el que la entidad bancaria le permitía al concesionario aumentar el tipo de interés; y si el cliente estaba dispuesto a contratar en tales condiciones, la entidad le pagaba una comisión al vendedor del coche¹³⁸².

Este es el ejemplo del Caso *Coleman v. General Motors Acceptance Corporation* (296 F3d 443) presentado ante el Tribunal de Apelación del Quinto Distrito de

¹³⁸² AYRES, Ian, "Market Power and Inequality: A Competitive Conduct Standard for Assessing When Disparate Impacts are Unjustified", *California Law Review*, No. 95, 2007, pp. 669-719.

Tennessee en EEUU¹³⁸³. El asunto trató sobre una denuncia por discriminación en la concesión de créditos a los compradores de automóviles de General Motors, en los que se sumaba un margen de utilidad al interés fijado por la entidad de crédito a los consumidores afroamericanos e hispanos. El caso terminó con un acuerdo avalado por el Tribunal del Distrito de Tennessee en fecha 29 de marzo de 2004, en el que General Motors concedió la suma de 1.250.000 dólares a solicitantes de créditos hispanos y afroamericanos sin margen de utilidad.

Otro asunto en el que se analizaron los posibles efectos discriminatorios de un sistema de *credit scoring* se evidencia en el caso *Cherry v. Amoco Oil Company* presentado ante el Tribunal del Distrito de Georgia, Distrito del Norte, División de Atlanta¹³⁸⁴. En este caso, la negativa de crédito se fundamentó en que la solicitante vivía en una zona habitada generalmente por ciudadanos afroamericanos, razones que condujeron al Tribunal del Distrito a reconocer la posibilidad de considerar indirectamente discriminatoria la consideración del Código Postal o zona de residencia como factor determinante de negativa de concesión de crédito.

Por su parte, el ordenamiento jurídico ecuatoriano es testigo en el año 2011 de un supuesto discriminatorio en el acceso a los servicios. Se trata de un caso contenido en el Expediente No. 005-2011¹³⁸⁵ presentado por la Defensoría del Pueblo contra la Dirección Nacional de Protección, en el que se realiza una reclamación contra el Banco Internacional y la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, en lo adelante (CNT), por negar la apertura de una cuenta corriente a nombre de la Asociación de Colombianos Residentes en Orellana, debido a que el representante de la asociación tiene estatuto de refugiado en el Ecuador. De igual manera, entre los argumentos se manifestó que la CNT le negó el acceso a la obtención de una línea telefónica en Andinatel.

¹³⁸³ Tribunal de Apelación del quinto Distrito de Tennessee, EEUU, Caso No. 00-6484, de fecha 22 de julio de 2002.

¹³⁸⁴ Tribunal del Distrito de Georgia, Distrito del Norte, División de Atlanta, Case *CHERRY, Claire, Plaintiff, v. AMOCO OIL COMPANY, Defendant*, No. C78-574A, de fecha 11 de junio de 1980.

¹³⁸⁵ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Expediente No. 005-2011.

Ante los hechos, la Defensoría alegó como derechos protegidos el acceso a los servicios públicos, la igualdad y la no discriminación, el derecho de refugio y la seguridad jurídica. En este sentido, la Constitución ecuatoriana es clara cuando manifiesta que los ecuatorianos y los no nacionales tienen los mismos derechos, y no se podrá discriminar a ninguna persona por su lugar de nacimiento o condición migratoria. Por tanto, las personas refugiadas tienen los mismos derechos que los y las ecuatorianas.

Entre los principales argumentos esgrimidos se alegaron los siguientes: la violación del principio de no discriminación, considerado el eje central del sistema de derechos del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el que todos los derechos reconocidos constitucionalmente deberán ser aplicados de manera directa sin que medie en su aplicación consideraciones de carácter discriminatorio, sea de *facto* o de *jure*; al ser la Superintendencia de Bancos y Seguros el órgano que regula el correcto funcionamiento de las entidades que brindan servicios financieros, estos servicios no pueden ser brindados bajo parámetros discriminatorios; aunque las normas internas de las instituciones financieras permitan determinar la idoneidad de los clientes para la apertura de cuentas corrientes, esa capacidad en ningún caso podrá superponerse al principio de igualdad y no discriminación.

Por ello, aunque el Banco Internacional establezca en sus reglamentos internos que toda persona con el estatuto de refugiado en el Ecuador, no puede ser admitida como cliente de su entidad para la apertura de cuentas corrientes o a solicitud de créditos, este actuar constituye una diferencia no proporcional ni razonable, que además presupone una vulneración a la dignidad de un grupo de seres humanos que deben ser tratados con equidad.

Como conclusión del caso, y derivado de los hechos, se emite una Resolución defensorial en la que se declara que la negativa de acceso a los servicios financieros por su condición migratoria constituye un acto de discriminación y como resultado de ello, la Superintendencia de Bancos y Seguros dispone

revisar las políticas internas de las entidades financieras, de forma tal que no existan actos de discriminación de este tipo¹³⁸⁶.

Por estas razones, se concluye que deben establecerse estudios más amplios sobre las incidencias negativas que tiene en el acceso a bienes y servicios el empleo de datos estadísticos como el *credit scoring* para justificar supuestos de discriminación. La repercusión de la discriminación estadística perjudica a colectivos históricamente marginados como la mujer, los migrantes, personas de color, entre otros. Es por ello que se requiere de un análisis pormenorizado de la discriminación en los contratos de seguro y crédito a la luz de la aplicación del moderno Derecho discriminatorio.

5.8.5. La discriminación en el derecho de asociación

Cuando nos referimos al derecho de asociación, lo primero que debemos resaltar es su carácter de derecho público subjetivo, representante de la más clara expresión de sociabilidad del ser humano. Se trata de un derecho de libertad, de allí que tanto los poderes públicos como los particulares tengan la obligación de abstenerse de realizar cualquier acto que impida o dificulte el ejercicio del mismo¹³⁸⁷. Por ello puede afirmarse que el derecho de asociación despliega también su eficacia frente a los sujetos privados. En tal sentido, los particulares deberán abstenerse de realizar cualquier acto que obstaculice o impida el ejercicio de este derecho.

En correspondencia, el derecho de asociación encuentra asidero legal no solo en los ordenamientos jurídicos nacionales, sino también en los instrumentos internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 fue una de las primeras en reconocerlo en el artículo 20 numeral 2 cuando manifiesta: “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”.

¹³⁸⁶ República de Ecuador, Superintendencia de Bancos y Seguros, circular No. INIF-DNIF1-SAIFQ3-2011-028, Quito, D.M., 28 de junio de 2011.

¹³⁸⁷ VIDAL MARÍN, Tomás, “El derecho de asociación”, *en Parlamento y Constitución. Anuario*, No. 2, 1998, p. 197.

De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo reconoce en el artículo 22 cuando además de regular el derecho de asociarse, establece restricciones en el ejercicio del derecho si se trata de vulnerar la seguridad pública, el orden público, o la protección de los derechos de los demás¹³⁸⁸.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 8 numeral primero también manifiesta que los Estados Parte del Pacto se comprometen a garantizar los derechos de las personas a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, y solamente podrán imponerse restricciones a este derecho cuando sean prescritos por la ley o necesarias para el orden público o la protección de derechos y libertades ajenas¹³⁸⁹.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 16 señala el derecho de todas las personas a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. De igual forma, el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley en interés de la seguridad nacional, el orden público, para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás. Lo dispuesto en este artículo no impedirá la imposición de restricciones legales¹³⁹⁰.

Desde esa perspectiva, se identifican cuatro facultades en el contenido del derecho de asociación, entre ellas: la libertad de crear asociaciones y adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de igual forma dejar de pertenecer a ellas; libertad de organización y funcionamiento interno de las mismas sin injerencias públicas; y la dimensión *inter privatos*, es decir las facultades reconocidas a los asociados individualmente como garantía de contar con facultades frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pudieran pertenecer¹³⁹¹.

¹³⁸⁸ Vid. artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

¹³⁸⁹ Vid. artículo 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

¹³⁹⁰ Vid. artículo 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

¹³⁹¹ ELVIRA PERALES, Ascensión, "A vueltas con el derecho de asociación (Comentario a las Sentencias 133/ y 135/2006, ambas de 27 de abril)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 83, mayo-agosto 2008, p. 304.

Los derechos de los socios frente a su propia entidad asociativa llevan aparejado una dimensión *inter privados* en correspondencia con el contenido esencial de este derecho. En tal sentido, su reconocimiento se evidencia en la jurisprudencia constitucional y se reconoce como “Un haz de facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen, o, en su caso, a los particulares respecto a las asociaciones a las que pretenden incorporarse”¹³⁹².

El derecho en las relaciones *inter privados* puede afectar a los particulares en cuanto a la negativa de acceso a la asociación. Es por ello que la citada sentencia incluye una limitación de la facultad organizativa de la asociación, lo que resulta razonable, pues el ejercicio arbitrario de los derechos de los particulares fomentaría la creación de asociaciones elitistas, exclusivas, y discriminatorias.

Respecto a los límites que ocasiona la aplicación del principio de no discriminación en la auto organización de las asociaciones, pueden distinguirse entre aquellos que tienen una finalidad recreativa y los que repercuten en las oportunidades de acceso a bienes y servicios. Las primeras no gozarían de límite alguno en aras de la libertad de asociación¹³⁹³; las segundas se ven limitadas por las consecuencias que trae aparejada la aceptación de supuestos discriminatorios¹³⁹⁴.

Otro punto de vista alternativo en la aplicación del principio de no discriminación en el derecho asociativo (aplicado en países como EEUU), consiste en admitir que el primero limita al segundo, salvo en aquellos supuestos en los que la asociación tiene por objetivo ponderar determinada posición política, ideológica o social que se establezca como una garantía instrumental de la libertad de

¹³⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional español 173/1998, de fecha 23 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 1.014/1988. Promovido por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones. Voto particular (BOE núm. 197, de fecha 18 de agosto de 1998).

¹³⁹³ Esta libertad no entraría en contradicción con lo dispuesto por la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, la que señala dentro de sus considerandos que al mismo tiempo en el que se prohíbe la discriminación resulta esencial que se respeten otros derechos y libertades fundamentales como la protección de la intimidad, la vida familiar y la libertad religiosa.

¹³⁹⁴ SALVADOR CODERCH, Pablo y FERRER I RIBA, Josep, “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 103-109.

expresión. En el resto de los casos, la aplicación del principio de no discriminación es obligatoria¹³⁹⁵.

Si analizamos el Derecho comunitario, puede mencionarse lo dispuesto en el Considerando décimo sexto de la Directiva 2004/113/CE, en el que, el legislador europeo reconoce la posibilidad de admitir diferencias de trato cuando estén justificadas por un propósito legítimo, dentro de los cuales identifica, entre otros supuestos, la libertad de asociación (en los casos de afiliación a clubes privados para un solo sexo). No obstante, toda limitación deberá ser adecuada y necesaria a tenor de los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Sin embargo, la propia Directiva más adelante reconoce que es importante respetar el derecho a la libertad de asociación cuando en el artículo 13 establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se respete el principio de igualdad de trato en lo relativo al acceso a bienes y servicios y su suministro, estableciendo en el literal b) la posibilidad de declarar la nulidad o modificación de las disposiciones contractuales en los reglamentos internos de las empresas, y en los estatutos de las asociaciones con o sin ánimo de lucro contrarias al principio de igualdad de trato. De esta forma, la Directiva reconoce que ni siquiera la autonomía asociativa escapa a la obligación de observar las garantías de igualdad real y no discriminación.

En el ordenamiento jurídico alemán, la AGG establece en su artículo primero una formulación abierta de la prohibición de discriminación a la persona que sea tratada de forma menos favorable, lo que permite incluir los casos de

¹³⁹⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, German y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho de asociación. Comentario a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, p.14. En defensa de la aplicación del principio de no discriminación en el ámbito asociativo se pronuncian tres sentencias de la Corte Suprema Norteamericana en las que se aclara que la Constitución pondera la autonomía asociativa frente acciones discriminatorias sólo en dos supuestos: cuando se trate de una *expressive association*, dirigida a defender determinada posición política, ideológica o social y cuya autonomía constituye una garantía instrumental del derecho a la libertad de expresión; o en los casos en los que el grupo sea una *intimate association*, supuestos en los que se crean vínculos y compromisos entre un número necesariamente reducido de personas que comparten aspectos íntimos de sus vidas. Fuera de estos supuestos no se establece una preferencia de aplicación de la autonomía asociativa sobre el principio de no discriminación. *Roberts v. United States Jaycees* [468 U.S. 609 (1984)], *Board of Directors of Rotary International v. Rotary Club of Duarte* [481 U.S. 537 (1987)] y *New York State Club Association v. City of New York* [487 U.S. 1 (1988)].

discriminación por asociación en la figura de la discriminación directa. Este reconocimiento se amplía de igual forma en el artículo 2 apartado 4 de la propia Ley, en el que se regula que serán inadmisibles las causas de discriminaciones dentro del asociacionismo y la participación en asociaciones de ocupados o trabajadores, o en una sociedad cuyos miembros formen parte de un grupo profesional específico.

Sin embargo, el artículo 20 de esta Ley establece las causas de justificación aplicables a las diferencias de trato que tienen lugar en el acceso a bienes y servicios, reconociendo que no existirá violación de la prohibición de discriminación si la diferencia de trato por religión, discapacidad, edad, identidad sexual o sexo, se encuentran en una razón objetiva. Se refiere a los casos en los que esa diferencia de trato esté motivada por la religión de una persona cuando ejerce su derecho a la libertad de culto, o al derecho de autodeterminación de las comunidades religiosas, o de las instituciones que de ellas dependan, así como de las asociaciones que se dedican a practicar en comunidad una religión.

Si analizamos el Derecho español, podemos decir que se reconoce el derecho de asociación como un derecho fundamental en el artículo 22 de la Constitución española, sin embargo, ha sido la jurisprudencia la que ha definido su alcance¹³⁹⁶. El alto foro define como parte de la asociación el derecho de auto-organización o autonomía asociativa cuando refiere: “Comprende no sólo el derecho de asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo”¹³⁹⁷.

Por otra parte, la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación, incluye en un único texto normativo la regulación íntegra y global de todos estos aspectos relacionados con el derecho de asociación o con su libre ejercicio¹³⁹⁸. En ella se establece la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones, las cuales deben ser democráticas y con pleno respeto al

¹³⁹⁶ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 133/2006, de 27 de abril (BOE núm. 133, de 26 de mayo de 2006).

¹³⁹⁷ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 133/2006, de 27 de abril (BOE núm. 133, de 26 de mayo de 2006) y Sentencia 218/1988 de 22 de noviembre (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1988).

¹³⁹⁸ Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2002).

pluralismo. Teniendo en cuenta el carácter democrático reconocido en la Ley, cualquier hecho que suponga una laceración a este principio constituiría una vulneración de determinados derechos individuales de los socios, los cuales son protegidos dentro del contenido esencial del derecho de asociación¹³⁹⁹.

Recientemente, el artículo 15 del Anteproyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación reconoce el Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en organizaciones sindicales, empresariales y profesionales al señalar: “Las organizaciones sindicales y empresariales, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, los colegios profesionales y cualquier otra organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta o que se constituya para la defensa de los intereses de un colectivo profesional, estarán obligadas a respetar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por las causas descritas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley en la adhesión, inscripción o afiliación, la participación y el disfrute de cualquiera de las ventajas que ofrezcan a sus miembros”¹⁴⁰⁰.

De lo anterior se colige que no existe en el ordenamiento español un derecho fundamental que se derive del artículo 22 de la Constitución para ser admitido en una asociación privada ya constituida, pues su aceptación podría representar reclamaciones de personas que deseando formar parte de la misma, vieran denegada su pretensión. El reconocimiento absoluto del principio de no discriminación en las asociaciones y su funcionamiento, supondría una intromisión en la plena libertad de la asociación (de los miembros) para escoger a los nuevos socios¹⁴⁰¹.

Cuando se aplica este principio en el derecho de asociación, no se trata de realizar una ponderación entre el artículo 14 de la Constitución española y el artículo 22, sino de establecer la relación entre el derecho a la auto organización y la dimensión *inter privatos*. La aplicación de la no discriminación no es absoluta,

¹³⁹⁹ GIMÉNEZ GLUCK, David, “Asociación, discriminación y constitución...”, *cit.*, p. 150; BILBAO UBILLOS, Juan María, *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1997, p. 22.

¹⁴⁰⁰ *Vid.* artículo 21, apartado 1 del Anteproyecto de Ley integral para la Igualdad de trato y la no discriminación.

¹⁴⁰¹ BILBAO UBILLOS, Juan maría, “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares...”, *cit.*, p. 179.

dependerá en gran medida de las particularidades del caso que se analice, pues en no todos los supuestos en los que se pondera se deberá observar el derecho de los socios a no ser discriminados, sino que la aplicación del principio debe establecerse sobre la base de la autonomía asociativa, salvo que existan causas justificadas y objetivas para que sea preferente el derecho de asociación sobre la prohibición de discriminación.

En el caso de Ecuador, la regulación de este derecho se reconoce y garantiza desde la Constitución en el artículo 66 numeral 13, por medio del cual las personas tienen el derecho de asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

En consecuencia, se regula el contrato de sociedad en el Código Civil ecuatoriano a partir del artículo 1957, en el que se reconocen las distintas clases o especies de sociedad¹⁴⁰². De igual forma lo hace la Ley de Compañías a partir del artículo 2, en el que establece el procedimiento de creación, modificación o extinción de las mismas¹⁴⁰³. Sin embargo, una novedad importante resulta de esta Ley, y es que en el artículo 207 se establece como un derecho fundamental de los accionistas, respetar la igualdad de tratamiento entre ellos. Se reconoce así, aunque en un único artículo, la igualdad de trato, y consecuentemente, la prohibición de discriminación¹⁴⁰⁴.

Por último, la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria define en el artículo 21 las cooperativas como una forma de sociedad que también se reconoce en el ordenamiento jurídico ecuatoriano¹⁴⁰⁵.

De ello puede concluirse que, aunque el derecho de asociación es reconocido desde la Constitución, así como en el resto de normas relacionadas, sólo la Ley

¹⁴⁰² *Vid.* artículo 1963 al 1968 del Código Civil de Ecuador.

¹⁴⁰³ Ley de Compañías, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial No. 312 de 05 de noviembre de 1999.

¹⁴⁰⁴ El artículo 207 de la Ley de Compañías establece que: Salvo lo dispuesto en el artículo innumerado que le sigue al artículo 221 de esta Ley, son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar: (...) 2. Participar en los beneficios sociales, debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase”.

¹⁴⁰⁵ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial 444 de 10 de mayo de 2011, última modificación 12 de septiembre de 2014, Quito.

de Compañías hace referencia al principio de igualdad de trato de forma muy general, sin que se reconozca en otras normas la prohibición de discriminación que debe primar en el desarrollo de cualquier proceso de creación, adhesión, afiliación o participación de cualquier sociedad o compañía. Por ello, esa ausencia normativa constituye indudablemente una limitación ante posibles soluciones jurídicas de los jueces por la ocurrencia de supuestos discriminatorios relacionados con el tema, debiendo recurrirse en todo caso, a la aplicación armónica de las normas aquí mencionadas, y al ya citado artículo 11.2 de la Constitución que prohíbe la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones.

En el orden jurisprudencial, puede mencionarse un caso en España, en el que se alega la violación del artículo 14 de la Constitución ante el Juzgado de Primera Instancia de Villena (Alicante), en el cual se solicita la modificación de la cláusula de los Estatutos de la Junta Central de las Fiestas de Moros y Cristianos de Alicante, por medio del cual se impedía la participación de las mujeres como socias de pleno derecho. El tribunal después de analizar los hechos admitió la demanda¹⁴⁰⁶.

Otro acontecimiento importante relacionado al tema fue el que se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia No. 1 de Valencia en un caso en el que varias mujeres, hijas de miembros de la Comunidad de pescadores de “El Palmar”, asociación privada dedicada a la explotación económica de la riqueza piscícola de la Albufera valenciana, solicitaron a la asociación su admisión como miembros de la misma, la que fue denegada.

Ante la negativa de ser admitidas, las accionantes establecen recurso ante el tribunal, interponiendo una demanda de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra el acuerdo, pretensión que fundamentaron en la vulneración del artículo 14 de la Constitución española, por lo que solicitaron la integración a la Comunidad en igualdad de condiciones con otros hijos de pescadores miembros de la asociación. El tribunal admitió la demanda y reconoció el derecho de las accionantes a pertenecer a la Comunidad,

¹⁴⁰⁶ Juzgado de Primera Instancia de Villena (Alicante), Sentencia del 1987.

disponiendo la modificación de los estatutos que regulaban las normas de admisión, de forma tal que se adecuaban a lo establecido en el ya mencionado artículo 14¹⁴⁰⁷.

Como puede apreciarse, la normativa existente en el Derecho ecuatoriano, a diferencia de las normas del Derecho europeo, son insuficientes en cuanto a la regulación jurídica del principio de no discriminación en el acceso a bienes y servicios, de allí que sea necesario que se aprueben normativas específicas que prohíban aquellas conductas discriminatorias que resulten injustificadas e intolerables para el normal desenvolvimiento de las personas en el ámbito del Derecho contractual, con especial proyección en el acceso a bienes y servicios, donde las relaciones entre los particulares constituyen su centro principal.

5.9. La discriminación entre particulares en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Razones para su prohibición

La prohibición de discriminación surge en un primer momento como garantía de los particulares frente al Estado, es decir, mediante el principio constitucional de igualdad, se limitaban a la aplicación del principio a las relaciones entre el Estado y las personas (eficacia vertical de los derechos fundamentales)¹⁴⁰⁸.

Como puede verse, la Constitución ecuatoriana sigue una tradición conservadora en esta materia, sin ser tan específica como la sudafricana, reconociendo en su artículo 11, apartado segundo, el principio de igualdad, y prohibiendo la discriminación por los motivos que allí se expresan. Sin embargo, además de ello, esta disposición constitucional encuentra respaldo en un sin

¹⁴⁰⁷ El caso es sometido al Juzgado de Primera Instancia No. 1 de Valencia. *Vid.* Sentencia de fecha 5 de octubre de 1998. Posteriormente, se reclama ante el Tribunal Supremo español, Sentencia de 8 de febrero de 2001, y se presenta nuevamente reclamación que concluye con el Auto del Tribunal Constitucional No. 254/2001 que desestimó la admisión a trámite del recurso de amparo de la Cofradía de El Palmar (Valencia).

¹⁴⁰⁸ Estas razones, justifican que las constituciones no incluyan dentro de su normativa suprema el derecho a no ser discriminado por otros particulares. Sin embargo, vale la pena traer a colación que la Constitución de Sudáfrica es un ejemplo excepcional en el que, la sección novena, apartado 4, dispone: "Ninguna persona puede discriminar injustamente, en contra de otra, en forma directa o indirecta, sobre la base de una o más categorías señaladas en la subsección 3ª. Se dictará legislación nacional para prevenir o prohibir la discriminación injusta". *Vid.* Constitución de la República de Sudáfrica, 1996, Ley No. 108 de 1996.

número de artículos que obligan al Estado a respetar la igualdad y la no discriminación en determinados contextos específicos¹⁴⁰⁹.

No obstante, partiendo del propio artículo, podría interpretarse que existen en él argumentos sólidos y más que suficientes que permitirían extender la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a las relaciones privadas. Por ejemplo, cuando en su primer apartado refiere que “Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes (...); se entendería que no solo se refiere a las autoridades de carácter público, sino también aquellas de carácter privado, por ejemplo, aquellas personas que tienen en una relación jurídica de carácter privado un poder o señorío sobre otra; el gerente general de una empresa en relación a sus empleados; el presidente de un club deportivo en relación a sus asociados, entre otras.

Seguidamente, en su tercer párrafo establece la obligación del Estado de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. En ningún caso, refiere el precepto que esas medidas se aplicarán solamente a las relaciones entre el Estado y los particulares, sino que se aplicarán a todas las situaciones de desigualdad, en las que perfectamente podrían entenderse dos

¹⁴⁰⁹ Por ejemplo, el derecho a la igualdad en el trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades (artículo 47.5); El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres (artículo 70); igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad (artículo 324); el derecho a la igualdad de las mujeres en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades y además se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo (artículo 331). En cuanto al principio de no discriminación: Se garantizará sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes (artículo 3.1); se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente (artículo 28); el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (artículo 66.4); se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos (artículo 332); el Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación (artículo 341).

sujetos en una relación jurídica privada que se encuentren en situación de desigualdad.

Por otro lado, el apartado tercero refiere: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”, por lo que, sin lugar a dudas, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación prescrita en el propio artículo puede ser aplicable a petición de una de las partes discriminadas en una relación jurídica civil.

Se señala también en el propio apartado que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar la violación de un derecho, ni para desechar la acción por esos hechos, ni para negar su reconocimiento. Por ende, deberán incluirse aquí de igual forma las violaciones a los derechos de las partes en una relación jurídica *inter privatos* ante supuestos discriminatorios, sin que pueda alegarse falta de norma específica.

El apartado octavo resulta más específico aun, cuando reconoce que el contenido de los derechos deberá desarrollarse de forma progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, estableciendo la obligación del Estado de generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno ejercicio y reconocimiento. Siendo así, y teniendo en cuenta que tanto el principio de igualdad como la prohibición de discriminación aspiran a aplicarse, al menos en ciertas circunstancias a las relaciones privadas, el Estado tendrá la obligación de garantizar las condiciones necesarias para el respeto de estos principios en el marco también de estas relaciones privadas.

En aquellos supuestos en los que se anule o menoscabe injustificadamente el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, se declarará inconstitucional cualquier acción u omisión que disminuya el contenido de cualquier derecho. Se vincula este precepto a la posibilidad de que los jueces no reconozcan la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados ante una conducta discriminatoria proporcionada por una de las partes de la relación negocial a la otra.

Otra forma de extender la prohibición de discriminación a los particulares sería el mecanismo de tutela constitucional en las relaciones sociales, considerando la acción de protección en el sistema ecuatoriano como la herramienta procesal constitucional más eficaz y directa para la defensa de los derechos fundamentales *inter privatos* (artículo 88 de la Constitución)¹⁴¹⁰. En tal caso, la acción de protección se presenta por aquellas consecuencias de un acto u omisión de “una autoridad pública” y contra particulares cuando se afecte gravemente un interés colectivo, comunitario o difuso.

Y aunque ciertamente autores como ÁVILA SANTAMARÍA¹⁴¹¹ no lleguen a afirmar que la acción de protección procede por cuestiones relacionadas con la responsabilidad horizontal; es nuestro criterio, como ya se explicó, que la acción de protección puede aplicarse perfectamente como un mecanismo contra los particulares cuando se encuentren en relación de poder, en la que una puede discriminar o se encuentra en situaciones de subordinación o indefensión. De ello podría seguirse que cualquier afectado en el derecho en cuestión podría interponer una acción de protección frente a un acto privado de discriminación en una relación jurídica de esa naturaleza.

Analicemos ahora, después del estudio normativo precedente, otras razones que justifican la prohibición de discriminación a los particulares. En primer lugar, como ya anteriormente se ha explicado, la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales¹⁴¹², mediante la cual, los derechos fundamentales se proyectan en un plano horizontal, es decir, entre iguales, irradiando sus efectos también al Derecho Privado. Evidente resulta que, en este ámbito, la superioridad normativa de la Constitución y su efecto de irradiación a todo el ordenamiento jurídico, así como los valores de libertad, justicia e igualdad, en sus dos manifestaciones, –formal y material– del Estado social y democrático de

¹⁴¹⁰ *Vid supra* epígrafe 1.8 “La acción de protección frente a los particulares, su importancia para la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en Ecuador”.

¹⁴¹¹ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Las garantías: herramientas...”, *cit.*, p. 99.

¹⁴¹² ARROYO CISNEROS, Edgar Alán, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México...”, *cit.*, p. 230; DE VEGA GARCÍA, Pedro, La eficacia horizontal de los derechos fundamentales... *cit.*, p. 190; GARCÍA RUBIO, María Paz, “La eficacia *inter privatos*...”, *cit.*, p. 300; Alexy, Robert, “Efecto en terceros o efecto horizontal”, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 506-524.

Derecho, hacen una realidad el tema de la eficacia horizontal en los litigios entre los particulares.

En tal sentido, el principio de igualdad y no discriminación es uno de los derechos respecto de los cuales se aplica la eficacia horizontal; y aunque pareciera dirigirse solamente a los poderes públicos, no es así, pues el artículo 11, apartado segundo de la Constitución ecuatoriana no excluye de las prácticas discriminatorias a los individuos y sujetos privados de su ámbito de aplicación, pues el precepto no diferencia entre conductas públicas y privadas, sino que sanciona todo tipo de discriminación, cualquiera que sea el sujeto activo que la realice.

Siendo así, la incesante lucha de los últimos años no puede circunscribirse solamente al ámbito legislativo, pues de nada sirve terminar con la discriminación ante la ley o aquella atribuible a los poderes públicos, si no se erradican las diversas formas de discriminación en cualquiera de sus manifestaciones.

La aplicación efectiva de la *Drittwirkung* dependerá del contenido de cada derecho, teniendo en cuenta que existen determinados derechos cuya vigencia se proyecta de forma horizontal y otros verticalmente. Tal es el caso de las relaciones laborales en temas concretos como la libertad sindical, el derecho a la huelga (en el caso del sector público esta se encuentra más limitada), los derechos de honor, de intimidad, de igualdad y no discriminación, entre otros. En cuanto a los derechos cuya eficacia se proyectan de forma vertical, puede mencionarse el derecho al sufragio, la no expropiación sin indemnización, entre otros que son oponibles solo frente al Estado.

Por ello, se deberá analizar por separado, tomando en cuenta cada circunstancia particular del caso, si determinados derechos fundamentales despliegan su eficacia o no a las relaciones entre privados.

Sobre el efecto de irradiación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, que también ya abordamos en esta investigación, debemos hacer alusión al artículo 426 de la norma constitucional ecuatoriana, procedente de la normatividad de la Constitución, mediante la cual se establece la

correspondiente obligación de aplicar y respetar las normas constitucionales y las internacionales de derechos humanos que sean más favorables a las establecidas en la Constitución¹⁴¹³; y en el artículo 10, primer apartado, se dispone que “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”. De allí que pueda concluirse que la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares es inmediata.

En Ecuador, bajo el paradigma neoconstitucional, resulta poco probable reconocer la posibilidad de una *Drittwirkung* mediata, pues los postulados de la Carta Magna son aplicables directamente aun sin la intervención de norma alguna que desarrolle los preceptos constitucionales.

En todo caso, el verdadero problema no consiste en que la aplicación de los derechos fundamentales se realice de forma mediata o inmediata, sino en la posibilidad de coordinar la vigencia de los derechos fundamentales con la autonomía de la voluntad como nervio central del negocio jurídico y del derecho privado. Y justamente, por tratarse de una colisión entre la autonomía de la voluntad y los derechos fundamentales, deberá resolverse mediante una adecuada ponderación, que en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano se preceptúa en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁴¹⁴.

¹⁴¹³ El artículo 426 de la Constitución ecuatoriana expresa en el tenor de su literal lo siguiente: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

¹⁴¹⁴ El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece los métodos y reglas de interpretación constitucional por medio del cual prescribe: “Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente”. Seguidamente, el propio artículo menciona cuáles serán esos métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos. En tal caso, el apartado tercero establece la ponderación en los siguientes términos: “Se deberá establecer una

De igual forma, la jurisprudencia constitucional ecuatoriana nacida de la Corte Constitucional en temas de eficacia horizontal de los derechos fundamentales es muy escasa, para no decir inexistente. En la investigación, solo pudieron recabarse dos sentencias, la No. 001-10-PJO-CC¹⁴¹⁵ sobre “El mecanismo de tutela constitucional en las relaciones sociales”, en la que se hace alusión a las garantías jurisdiccionales relacionada con los ámbitos procesales; y la sentencia No. 001-12-PJO-CC¹⁴¹⁶ de 5 de enero del 2012 que unifica la jurisprudencia. Sin embargo, no se refieren a ámbitos concretos en las que se aplica la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En la actualidad, son los jueces ordinarios los que toman las decisiones en los asuntos relacionados con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Y cuando conocen y resuelven las acciones de protección en contra de los particulares, actúan como jueces constitucionales¹⁴¹⁷.

La protección de los derechos de los usuarios y consumidores en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se inclina también a la prestación realizada por los particulares cuando han sido previamente otorgados vía administrativa por el Estado, mediante delegación o concesión. En ese caso, el conjunto de principios y procedimientos que protegen los derechos difusos reconocidos a favor de los grupos y personas en situación de vulnerabilidad, despliegan sus efectos directamente, y no únicamente en contra del Estado, sino también obligando a los particulares a entregar un servicio público óptimo, sin exclusión en su acceso, sobre todo, cuando estas actividades se realizan en una situación privilegiada de monopolio¹⁴¹⁸.

relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

¹⁴¹⁵ Vid. Corte Constitucional para el período de transición, Sentencia No. 001-10-PJO-CC, Caso No. 0893-09-EP Acumulados, de fecha 5 de enero de 2012, pp. 1-15.

¹⁴¹⁶ Vid. Corte Constitucional para el período de transición, Sentencia No. 001-12-PJO-CC, Caso No. 0999-09-JP, de fecha 22 de diciembre de 2010, pp. 1-22.

¹⁴¹⁷ CALLE IDROVO, Rubén Fernando, *El mecanismo de tutela constitucional en las relaciones sociales: la acción de protección frente a particulares*, Primera Edición, editorial UniAcademia Leyer, Bogotá, 2015, p. 145.

¹⁴¹⁸ GRACIA NARANJO, María, “La regulación de la Acción de Protección...”, *cit.*, p. 18; STORINI, Claudia Flavia y MARCO NAVAS ALVEAR, *La acción de protección en Ecuador... cit.*, p. pp. 81-178.

En materia de discriminación entre particulares, la defensa de los derechos de estas personas cuando han sido conculcados, se alcanza también mediante la acción de protección, que si bien es cierto alcanza varias esferas de actuación de los poderes privados, estos no son suficientes para erradicar totalmente la discriminación.

Otra de las razones para extender la prohibición de discriminación a los particulares es la igualdad de trato como principio de orden jurídico, mediante la cual no se considera sólo como un derecho, sino también como un principio y un valor¹⁴¹⁹, que al gozar de respaldo constitucional, impregna a todo el ordenamiento jurídico en su universalidad.

Por ello, como la igualdad es un principio constitucional, cuando los particulares celebran un contrato, o por el contrario ofrecen un servicio, están obligados al respeto de la igualdad, vinculando en tal sentido no sólo a los poderes públicos, sino también a los particulares. La capacidad normativa de estos sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, deben respetar los contenidos de la Constitución, cuando de protección de derechos fundamentales se trate, especialmente, deben respetar la igualdad de trato entre particulares como forma de evitar que se derive en una discriminación ilegítima e inconstitucional, basada en las diferentes categorías sospechosas prohibidas por la Constitución.

El mandato constitucional de trato diferenciado se concreta específicamente mediante las acciones afirmativas a las cuales ya se ha hecho referencia. En otras palabras, mientras el mandato de trato paritario o igualitario equivale a la prohibición de discriminación, el mandato de trato diferenciado está a cargo del Estado como deber de protección y promoción de los derechos de los más desfavorecidos.

La aplicación del principio de igualdad de trato a las relaciones entre particulares en Ecuador tiene mayor o menor influencia en lo que respecta al interés público. Por ejemplo, en el supuesto en el que se presten servicios públicos por parte de los particulares mediante una concesión administrativa, todos los usuarios tienen

¹⁴¹⁹ MONTROYA MELGAR, Alfredo y Yolanda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "La igualdad como valor ...", *cit.*, p. 1.

el derecho a recibir un trato igualitario en relación a los demás, excluyendo cualquier tipo de discriminación en su acceso. En el caso de las relaciones laborales entre particulares debe primar el principio de igualdad establecido en el artículo 326, apartado cuarto de la Constitución: “A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”.

Otra de las razones para prohibir la discriminación entre los particulares es aquella que se deriva del principio de obligatoriedad de las normas. De esta forma, la Constitución en el artículo 426 vincula a todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución¹⁴²⁰. Así se interpreta que los sujetos privados también quedarán obligados a las disposiciones que emanen de la Constitución, dentro de las cuales se encuentra el principio de igualdad de trato y la no discriminación (artículos 11.2 y 66.4 de la Constitución).

La prohibición de discriminación contra los particulares también se justifica por las implicaciones de las consecuencias que trae para otros bienes jurídicos y sociales, donde los efectos que produce no son solamente entre los particulares, sino que repercuten en muchas ocasiones en grupos mayores a los que pertenecen quienes sufren el acto discriminatorio, repercutiendo con ello en toda la sociedad. De esta forma, si se admitiera la discriminación entre privados, existiría una tendencia a fomentar la discriminación en su conjunto, en cualquiera de sus manifestaciones, impidiendo con ello el ejercicio pleno de los derechos de todas las personas y grupos sociales, cualquiera que sea su estrato social¹⁴²¹.

Por último, esta prohibición de discriminación entre particulares se fundamenta en la vulneración no sólo de los derechos de igualdad, sino también de otros

¹⁴²⁰ El artículo 426 de la Constitución ecuatoriana establece: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

¹⁴²¹ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados...”, *cit.*, p. 151.

derechos de las partes involucradas. Siendo así, resulta frecuente que un acto discriminatorio afecte el ejercicio de un derecho diferente al de igualdad. Por ejemplo, cuando se expulsa mediante golpes del arrendamiento a un hombre, por descubrirse su verdadera inclinación sexual, se está afectando no sólo el principio de no discriminación por razones de orientación sexual, sino también la vulneración del derecho a la integridad física, que es otro derecho fundamental reconocido a las personas en el ámbito jurídico constitucional.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, aquellos actos o contratos que se consideren lesivos a los particulares, como resultado de la celebración de negocios jurídicos de carácter privado, serán objeto de la acción de protección como garantía cuando tales actos se traduzcan en violaciones de derechos fundamentales, como el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

Por tales razones, aunque no exista una disposición constitucional específica que consagre la prohibición contra la discriminación en el ámbito privado, con excepción del Derecho Laboral, sí existen razones normativas que permiten prohibir la discriminación entre particulares.

5.10 Soluciones de Derecho privado ante las conductas discriminatorias en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Una vez prohibidas las conductas discriminatorias, hay que delimitar la respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico cuando una persona dentro del sector privado practica una conducta que puede ser calificada como discriminatoria.

La prohibición jurídica contra la discriminación solo puede hacerse efectiva si el orden legal dispone de soluciones jurídicas eficientes para que las personas afectadas o víctimas de la discriminación puedan exigir sus derechos, lo cual implica obligatoriamente una proyección del principio de no discriminación en las diversas áreas del ordenamiento jurídico y de la realidad práctica, social y jurídica en que se genere la discriminación.

En el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, no existe un mandato específico de prohibición de discriminación en las relaciones entre particulares,

sino que, como se ha explicado, la Constitución ecuatoriana de 2008, reconoce en su artículo 11, apartado segundo, una disposición general de igualdad a partir de la cual se reconoce que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades; y además, contiene un mandato prohibitivo expreso de no discriminación por las razones que allí se detallan.

De esa regulación, resulta indudable que, para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo preceptuado en el mencionado artículo de la Constitución constituye un principio básico aplicable a todas las ramas del ordenamiento jurídico y, como tal, debe vincular al legislador y a quienes ejercen la potestad reglamentaria.

La mencionada regulación jurídica debe aplicarse como criterio de valoración de la actuación lícita de los poderes públicos. La interrogante sería determinar si su vigencia se extiende *ex Constitutione* al ámbito de las relaciones entre particulares o, dicho de otra forma, si puede extenderse como un principio de regulación jurídica de las relaciones que puede invocar cualquier afectado ante comportamientos que se consideren vejatorios contra una persona natural o una entidad privada. En ese sentido, de acuerdo al artículo que se analiza, la Constitución prohíbe, como parte del orden público, las discriminaciones que se produzcan mediante el ejercicio de la autonomía privada por alguno de los motivos que se prevén.

Se interpreta de esa forma porque si observamos la contundente fórmula “Nadie podrá ser”, y “La ley sancionará toda clase de discriminación”, se concluye que la autonomía de los sujetos privados también estará limitada por la prohibición de cualquier forma de discriminación contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que se mencionan en el referido precepto.

La Corte Constitucional de Ecuador no se ha pronunciado en este sentido, y es este precisamente, como ya se ha referido, uno de los límites de la investigación. No obstante, del estudio comparado realizado, y tomando como referente el ordenamiento español, podemos concluir que, aunque la Constitución no regula la igualdad de trato entre los particulares específicamente, tampoco significa que

en sus relaciones estos puedan establecer tratos discriminatorios frente a la otra parte de la relación negocial.

En todo caso, lo que sucede es que el imperativo general de igualdad tiene una eficacia limitada en el ámbito de las relaciones privadas por la importancia que se le reconoce al principio de autonomía de la voluntad, en virtud del cual las partes son libres para decidir sus intereses y establecer regulaciones específicas sin intervenciones externas¹⁴²².

La aplicación de la igualdad en las relaciones *inter privatos* debe hacerse con matices, pues no siempre el particular tendrá la obligación de tratar de manera igualitaria a todo aquel con el que entable una relación jurídica, sobre todo si esas relaciones se llevan a efecto entre iguales¹⁴²³. Las personas tienen derecho a seleccionar con quién contratan, y con quién no, y esa decisión en todos los supuestos no implica una discriminación. En todo caso, la discriminación que debe prohibirse es aquella que sea contraria a la dignidad de la persona, y que además ocasione un perjuicio negativo para la persona que la sufre.

No obstante, los actos y negocios jurídicos que causen cualquier tipo de discriminación deberán considerarse nulos y sin efecto, dando lugar a la correspondiente responsabilidad a través de reparaciones y soluciones jurídicas que sean reales, efectivas, y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como un sistema de sanciones civiles que eviten la realización de conductas discriminatorias.

De esta forma, se trataría de establecer un conjunto de soluciones jurídicas vinculadas a la conducta discriminatoria, materializadas en la nulidad y la privación de los efectos de ese actuar, así como en la responsabilidad frente a la misma conducta. Con ello, se garantizaría un nivel de protección a la víctima

¹⁴²² Sin embargo, no dejan de pronunciarse algunos autores en rechazo a esta posición de reconocer la vigencia del principio de igualdad en las relaciones entre privados. *Vid.* BILBAO UBILLOS, Juan María, "La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares... *cit.*", pp. 60-380; y BILBAO UBILLOS, Juan María y Fernando REY MARTÍNEZ, "Veinte años de jurisprudencia..." *cit.*, pp. 243-339.

¹⁴²³ BILBAO UBILLOS, Juan María, "La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares..." *cit.*, p. 390.

de la discriminación en todos los campos del Derecho, y especialmente en el Derecho Privado.

Siguiendo ese orden, debe valorarse que el incumplimiento de prohibiciones de discriminación en el ámbito jurídico privado propiciará para la persona discriminada el derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios, además de las correspondientes acciones y derechos que se contemplen en la normativa jurídica existente sobre el tema.

En aquellos casos en los que exista una violación del principio de igualdad por una de las partes que conforman el acto o contrato, en el que se contravengan las normas de orden público constitucional, la sanción sería la nulidad de pleno derecho del acto o contrato. Sin embargo, esa decisión no es la que garantiza en todos los supuestos, los derechos de la víctima de la discriminación, porque no siempre es la solución o el remedio jurídico más adecuado con miras a lograr la reparación del daño a la parte discriminada.

Deberían reglamentarse por el Derecho Privado ecuatoriano un conjunto de remedios y soluciones jurídicas para aquellas conductas que no sean excluyentes, y que sirvan de cauce para restablecer a la parte discriminada la integridad de sus derechos. Los remedios jurídicos para los casos de discriminación entre particulares deben fundamentarse en el sistema íntegro de responsabilidad contractual, específicamente el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación de no discriminar, así como el de indemnizar los daños y perjuicios causados a consecuencia de la discriminación.

En el capítulo sexto de la Constitución ecuatoriana vigente se establecen los derechos de libertad, y específicamente el artículo 66 numerales 15, 16 y 17 reconoce los derechos relacionados con la libertad de contratación en los siguientes términos: 15. "El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental". 16. "El derecho a la libertad de contratación". 17. "El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley".

En este contexto, el principio de igualdad no tiene la misma trascendencia que en el marco de las relaciones verticales (Estado-ciudadano)¹⁴²⁴. En el ámbito de las relaciones privadas, los derechos fundamentales, y entre ellos la igualdad, deben aplicarse de modo compatible con el resto de los valores o principios que tienen estrecha relación con la autonomía de la voluntad, manifestándose a través de los derechos y deberes nacidos de la relación jurídica contractual.

Puede sostenerse entonces que, en Ecuador, a partir del reconocimiento del principio de no discriminación en la Constitución, se han establecido pautas que prohíben cualquier manifestación de discriminación a través de las diferentes normas legales. En tal sentido, aun y cuando no se reconozca de forma específica en ninguno de sus textos normativos una prohibición expresa del principio de no discriminación en las relaciones contractuales privadas, podrá entenderse que lo establecido en la Constitución constituye un mandato general aplicable a todas las ramas del ordenamiento jurídico, incluyendo las relaciones entre particulares.

Por ello, los actos o contratos que traigan consigo cualquier tipo de acción discriminatoria se considerarán nulos, y tendrán como efecto la aplicación de las correspondientes reparaciones e indemnizaciones, las que, en todo caso, deberán ajustarse como sanción jurídica al acto realizado, en dependencia del grado de perjuicio sufrido; y no solo eso, deberán establecerse además desde el orden teórico, con alcance general, un conjunto de remedios o soluciones

¹⁴²⁴ Por ejemplo, frente a violaciones de los derechos fundamentales podrían considerarse como remedios jurídicos los siguientes: 1) La derogación de aquellas disposiciones normativas que sean contrarias a un derecho fundamental; 2) El reconocimiento de la titularidad del derecho fundamental objeto del litigio, o de la legitimidad de su ejercicio; 3) La prohibición de aquellas conductas que vulneren el ejercicio de los derechos fundamentales; 4) El restablecimiento de la situación jurídica subjetiva anterior a la violación del derecho fundamental, incluida la indemnización de los daños, sean éstos materiales o morales; y 5) La Tutela provisional a través de medidas cautelares. A las anteriores medidas deberían añadirse los remedios indirectos, es decir las sanciones penales y administrativas para conductas lesivas de los derechos fundamentales. Estos remedios pudieran considerarse válidos también, con las correspondientes diferencias que se basen en el carácter privado de la relación jurídica en supuestos de discriminación. *Vid.* DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Segunda Edición, Madrid, editorial Thomson Civitas, 2005, p. 95.

jurídicas para aplicar y poner en práctica ante la materialización de cualquier tipo de discriminación.

5.11. Hacia una nueva visión de la protección contra la discriminación en el Derecho de Contratos ecuatoriano. Propuesta de regulación jurídica

La aspiración de incluir una normativa contractual que responda a los postulados del derecho antidiscriminatorio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no resulta forzada, ni fuera de contexto. Al contrario, sería la materialización de la eficacia horizontal del principio de igualdad y no discriminación que reconoce la Constitución patria, traspolados a las relaciones privadas contractuales; vista como el escenario del intercambio de bienes y servicios entre los sujetos, así como la realización de sus finalidades económicas y sociales.

Al analizar la superestructura jurídica de Ecuador, se puede afirmar que se cuenta con una base sólida para la directa aplicabilidad de la prohibición de discriminación en sus disímiles manifestaciones, en cuanto a las relaciones del ciudadano con los poderes públicos constituidos. Así, en el país se han creado varios mecanismos, dígame normas, políticas públicas u otros, constitucionalmente reconocidos, que defienden la igualdad de oportunidades entre todos los sujetos, y rechazan toda forma de discriminación. Aun así, el camino por recorrer en el establecimiento de nuevas normativas es bastante largo, quedando rezagado el ámbito de aplicación del Derecho antidiscriminatorio a las relaciones civiles, donde se concreta actualmente un impacto negativo que afecta el desarrollo humano y social.

El hecho de que no sea tan visible el freno a las conductas discriminatorias en las relaciones iusprivatistas, a partir de la fuerza coactiva estatal, conlleva a un pensamiento más profundo de los estudiosos de las ciencias jurídicas, para dotar al ordenamiento jurídico ecuatoriano de actos normativos que configuren un escenario adverso para la discriminación, especialmente en las relaciones jurídicas privadas. En ese espacio están en juego situaciones personales,

afectivas, familiares y económicas de la persona, las que, sin dudas, deben ser protegidas ante cualquier menoscabo en un Estado de Derecho.

El caso ecuatoriano puede enfocarse desde el derecho de igualdad y la prohibición de discriminación, toda vez que transversaliza el ordenamiento jurídico y constituye los cimientos de la verdadera armonía entre regulación y aplicación en las relaciones privadas. De esta manera, el objetivo de la nueva normativa permitiría completar el marco legal antidiscriminatorio, esta vez con un planteamiento horizontal.

Con este enfoque, el ofrecimiento de un estándar mínimo de seguridad jurídica a todos los ciudadanos, incluidos aquellos que pertenezcan a sectores vulnerables, cuyas políticas de protección mediante la adopción de medidas de acción afirmativa promuevan la igualdad, permitirá la tutela de las personas naturales ante un trato desigual injustificado e irracional en el acceso a bienes y servicios.

En primer orden, se pretende analizar la base jurídica que sirve de fundamento o punto de partida para la norma en cuestión, y que obviamente tendría un reflejo en los considerandos del futuro acto normativo. Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador de 2008 representó un nuevo escenario para la protección de los derechos en ella consagrados. El desarrollo de sus preceptos sobre la base de principios y valores coloca a la igualdad como elemento imprescindible en el camino para la prohibición de la discriminación, por lo que reconoce y protege los derechos de aquellos que son diferentes, con la exigencia de ser respetados y tratados en paridad¹⁴²⁵.

La Carta Magna ecuatoriana se pronunció por la consagración del principio de igualdad en un nivel mucho más profundo, insertando en su contenido la no discriminación. El camino de esta protección se muestra en el artículo 11 del texto constitucional, donde quedan establecidas las diferentes causales de discriminación, así como cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal

¹⁴²⁵ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Caracterización de la Constitución de 2008..."; *cit.*, p. 410; "Ecuador Estado constitucional de derechos y de justicia...", *cit.*, pp. 19-30; p. 410; SALGADO ÁLVAREZ, Judith, "Lidiando con la diferencia... *cit.*, pp. 483- 512.

o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

En consecuencia, el Estado ecuatoriano no debe tolerar la discriminación en ninguna de sus manifestaciones. Los pilares axiológicos que la Ley suprema reconoce promueven la igualdad de oportunidades, la participación equitativa y, la eliminación de todas las formas y prácticas discriminatorias, extremo que constituye una premisa del Estado para garantizar la seguridad de todos los ciudadanos y el pleno goce de sus derechos.

Sobre la base de estas ideas, la propia Constitución ecuatoriana funge como faro para el establecimiento de políticas de igualdad de oportunidades que garantizan el ejercicio de los derechos de los sectores vulnerables que son víctimas de la discriminación. Claros ejemplos los constituyen las personas con capacidades especiales o cualquier tipo de discapacidad, ya sea física o mental, cuyas garantías dirigidas a su protección y a su integración a la vida productiva y pública, tienen como base los elementos expuestos en el artículo 330 de la norma *en comento*.

De igual forma, el tratamiento constitucional a la igualdad entre hombres y mujeres previsto en el artículo 70 de la citada Carta Magna, abre el camino para la formulación y ejecución de políticas públicas que promuevan la igualdad efectiva entre ambos sexos. Un punto novedoso en esta dirección es el reconocimiento, en su numeral 81, de la posibilidad de establecer procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de delitos vinculados con la violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio, y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección.

A pesar de estos esfuerzos por parte del Estado ecuatoriano, el efectivo cumplimiento de esta prohibición no se respeta en la práctica, persistiendo la desigualdad, la exclusión, la discriminación o violencia, así como políticas e incluso normas, que devienen en discriminatorias. Cuestiones que han sido analizadas en diferentes escenarios, y que, conllevan a que el Estado no genere

las condiciones necesarias para la protección frente a esta forma de discriminación, en virtud del propio mandato constitucional establecido en el artículo 340 de la Constitución.

De esta manera, queda clara la exactitud y determinación de la Constitución en cuanto eliminar y prohibir toda conducta discriminatoria y lograr el alcance de la igualdad plena de todos los ciudadanos; situación que afianza la incidencia de estos principios en las normas del ordenamiento jurídico. Independientemente de la directa aplicabilidad de los preceptos constitucionales, la eficacia de los mismos dependerá de la correspondencia de estos postulados con su desarrollo en las normativas específicas, por lo que puede afirmarse que existen mecanismos efectivos de protección jurídica a la no discriminación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Como parte de las normas aprobadas en Ecuador para lograr la protección jurídica del principio de no discriminación puede mencionarse también la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores aprobada en el 2019¹⁴²⁶. En ella se enuncia, de forma literal, que su finalidad abarca la protección y restitución de los derechos de las personas adultas mayores, garantizando el derecho a la igualdad y no discriminación, y se colige que este tratamiento debe aplicarse, tanto en las relaciones de este sector con los órganos públicos, como en las relaciones de carácter privado en las que tengan participación.

Sin dudas, otro de los actos normativos del ordenamiento jurídico ecuatoriano, cauce para la aplicación de la no discriminación en cualquier esfera de las ramas jurídicas, lo constituye el COGEP, donde se reconoce de forma expresa en su primer considerando, que se podrán ejercer, promover y exigir los derechos consagrados en la Constitución de forma individual o colectiva, incluyendo la no discriminación.

La inclusión de este principio en la ley procesal ecuatoriana establece la posibilidad normativa brindada por el Estado de exigir la protección de los derechos vulnerados en el orden judicial. En tal sentido, aplica el criterio de la

¹⁴²⁶ Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores, de 9 de mayo de 2019.

tutela efectiva de los derechos y el acceso a la justicia, reconociendo en su artículo 31 que toda persona es legalmente capaz para comparecer al proceso, salvo las excepciones de ley. Además, excluye cualquier manifestación que limite el acceso de los ciudadanos a la defensa de sus intereses en la vía judicial.

En lo relativo a las relaciones jurídicas de carácter privado, espacio donde el principio de no discriminación juega un papel trascendental, puede avizorarse cierto rezago normativo en cuanto a la expresión directa del principio en tales normas. Si se analiza el Código Civil de la República de Ecuador, en su contenido no queda enunciada la igualdad de los sujetos cuando fungen como parte en determinadas relaciones civiles, así como las prohibiciones taxativas de las conductas discriminatorias en relaciones susceptibles de ellas. Tal es el caso de los contratos, donde las partes, de forma libre y voluntaria, hacen nacer, modificar o extinguir obligaciones, pero que, durante su perfección y ejecución, pueden darse a la luz estas conductas que afectan la justicia igualitaria como colofón de estas relaciones¹⁴²⁷.

Una simple mirada al Título primero del Libro IV del Código Civil ecuatoriano permite entender que la norma no desarrolla la intención anti discriminatoria declarada en la Constitución, cuestión que en la práctica jurídica actual pudiera generar afectaciones, pues el vacío legal existente en este tema provoca que las personas objeto de discriminación sean más vulnerables y no gocen de los derechos reconocidos de forma plena. De igual forma sucede con las personas que actúan como sujetos de las relaciones contractuales al momento de exigir respeto por el menoscabo de sus derechos, provocado por la desigualdad de trato y la discriminación en el acceso a bienes y servicios, para su consumo personal ofertados por el sector público o particular.

Tampoco se precisa en la regulación jurídica de las figuras contractuales el derecho a la igualdad de oportunidades de los sujetos para formar parte de estos contratos específicos, ni la prohibición de actos discriminatorios que laceran la posibilidad de acceder a ellos vulnerando sus derechos una vez perfeccionado

¹⁴²⁷ Mediante el artículo 66 de la Constitución se reconoce y garantiza a las personas entre otros, el derecho a la libertad de contratación en el numeral 16, siendo una regulación más específica, con lo cual se sustituye el término autonomía privada o contractual.

el contrato, ni la imposición de cláusulas en su contenido que incluyan conductas discriminatorias.

Lo expresado nos hace pensar sobre la respuesta efectiva en materia de relaciones contractuales; en especial, porque en este sector del Derecho privado persisten acciones que vulneran los derechos de los más débiles, quienes no cuentan con la adecuada protección normativa frente a conductas discriminatorias. Por lo que resulta necesario un papel proactivo del Estado mediante un tratamiento jurídico más integral de los distintos supuestos de discriminación.

Ante ello, surge la siguiente interrogante: ¿puede el Estado ecuatoriano prohibir que los ciudadanos traten desigualmente o discriminen a otros ciudadanos en el marco de relaciones negociales privadas, a razón de motivos que toman en cuenta las cualidades personales (raza, sexo, etnia, orientación sexual etc.), en los que resulta una trascendental afectación al sujeto agraviado?

La posible respuesta a la anterior incógnita parte de la procedencia de aplicar el principio de no discriminación en las relaciones entre privados. Cuestión que se relaciona con el enigma de saber si los derechos fundamentales, y en concreto la igualdad en su alcance material, pueden exigirse también frente a los particulares y no solo frente a los poderes públicos. El asunto, según este planteamiento, estribaría en determinar si un particular puede lesionar frente a otro, el derecho fundamental a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación previsto en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución de Ecuador.

Lo expuesto toma como partida la propia historia constitucional en materia de eficacia directa de los derechos fundamentales, en relación con el ámbito de inmunidad y autonomía privada de las personas, que ha venido a modificarse a partir del destello de la ya abordada teoría de la *Drittwirkung* que reconoce el efecto vinculante de los derechos fundamentales respecto de las relaciones jurídicas entre particulares¹⁴²⁸. Esta vinculación o efecto, se basaría en la

¹⁴²⁸ BOROWSKI, Martín, "La Drittwirkung...", *cit.*, p. 8; Von Münch, Ingo, "Drittwirkung de derechos fundamentales...", *cit.*, p. 45; RUIPÉREZ, Javier, "Sobre la eficacia de los derechos fundamentales..." *cit.*, pp.1159-1172; BALLARÍN IRIBARREN, Javier, "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares...", *cit.*, p. 288; ANZURES GURRÍA, José Juan, "La eficacia

necesidad de proteger a los individuos que puedan ver amenazados sus derechos reconocidos constitucionalmente por personas, o corporaciones, en el marco del establecimiento de relaciones jurídicas o sociales con mayor intensidad que la de los poderes públicos.

Al respecto, se suscita un análisis que guarda relación con la finalidad de proponer una normativa basada en los criterios que se han expuesto sobre la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Por una parte, se debe valorar que la innegable condición de principio general de igualdad, establecido constitucionalmente, lo convierte en un principio básico del ordenamiento jurídico ecuatoriano en todas sus ramas y, como tal, vincula al legislador en todos los sectores del ordenamiento y a los órganos que ejercen la potestad reglamentaria.

Este principio opera como criterio de valoración de la actuación lícita de los poderes públicos. La cuestión es si su vigencia se extiende desde la constitución al resto de las ramas, sin que medie un acto legislativo o actuación voluntaria de los sujetos privados. Es decir, si puede concebirse como un principio de las relaciones, que podría invocar cualquier afectado, por comportamientos arbitrarios y discriminatorios de un particular o entidad privada; supuesto en el que la interpretación jurisprudencial juega un papel decisivo¹⁴²⁹.

La otra vertiente del análisis, tomando en cuenta que los derechos fundamentales ejercerían una vinculación directa respecto al legislador y el resto de los poderes públicos, pero no frente a los particulares, sería que, para que los

horizontal...”, *cit.*, p. 8; ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares... cit.*, pp. 223-290; BALLARÍN IRIBARREN, Javier, “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares...”, *cit.*, pp. 283 y 284; GARCÍA TORRES, Jesús, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO y Carrillo DE ALBORNOZ, “*Derechos fundamentales... cit.*”, p. 48.; ZÚÑIGA PADILLA, Luis Fernando, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares...”, *cit.*, 276 y 277.

¹⁴²⁹ En la doctrina suele ser este el criterio mayoritario, concluyéndose que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos y sólo pueden ser ostentados frente a éstos por los particulares. *Vid.* RODRIGUEZ- CANO, Bercovitz, “Principio de igualdad y derecho privado”, *en Anuario de Derecho Civil*, No. 2, Madrid, 1990, pp 408 y ss; CARRASCO PERERA, Angel, “El principio de no discriminación...”, *cit.*, p. 21 y ss. ALFARO AGUILERA-REAL lo expresa de un modo sintético. “La afirmación de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales no tiene apoyo normativo; altera las competencias del legislador y del poder judicial; es valorativamente contradictoria con los derechos fundamentales es metodológicamente incapaz de explicar los problemas que en el ámbito privado plantea el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales...”, *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 121.

derechos fundamentales surtan efectos entre los particulares, es ineludible la mediación del legislador, quien deberá adaptar su contenido mediante el acto normativo correspondiente a las relaciones jurídico-privadas.

Por tanto, es diferente a la vinculación directa el hecho de que el legislador y los poderes públicos, por mandato constitucional, promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean efectivas. Resulta este el criterio a tomar en cuenta para que el legislador pueda introducir las limitaciones a la autonomía privada, y con ello, alcanzar la igualdad y la remoción de conductas discriminatorias en el ámbito privado. Limitaciones que deben ser encauzadas mediante las oportunas medidas legislativas que, al resultar una agresión de los poderes públicos en la esfera privada de los ciudadanos, deberá ser proporcionada, y afectar solamente en la esfera de la libertad individual y la autonomía privada cuando sea necesario.

La justificación de esta afectación legislativa en la esfera de la libertad negocial privada, con la introducción de restricciones para lograr la igualdad de trato, es un terreno sumamente complejo, donde no solo debe discernirse entre la esfera moral relevante para el Derecho, y la esfera moral que no lo es. Por tanto, deben buscarse las mejores reglas o imperativos morales que sean imprescindibles para lograr una armonía social, a partir del principio de igualdad de trato. Este criterio nos conduce a entender las razones que se erigen como punto de partida para una necesaria regulación de la prohibición de la discriminación en las relaciones contractuales, las que podrán considerarse motivaciones del futuro acto normativo.

Efectivamente, la propuesta normativa nace de una adecuación constitucional de las medidas legislativas antidiscriminatorias, encaminadas a comprobar que, las referidas restricciones a la libertad negocial de los particulares quedan realmente justificadas por la necesidad de promover la igualdad de los individuos y grupos, o remover los obstáculos que se opongan a la misma. En efecto, una disposición normativa que afectase restrictivamente la libertad negocial o la autonomía privada de los ciudadanos, y que no encontrase respaldo en el orden constitucional vigente, supondría una invasión de lo moral y ético en el campo

jurídico. Siendo el caso ecuatoriano un ejemplo fehaciente del terreno zanjado para la promulgación de un acto legal destinado a tal efecto.

A pesar de los esfuerzos del Estado ecuatoriano y del paso decisivo dado por el texto constitucional vigente en materia de igualdad material y el principio de no discriminación, es innegable que los resultados aún son insuficientes. La presencia en la praxis jurídica de conductas discriminatorias y vulneraciones a la igualdad de trato en las relaciones entre particulares, que no encuentran amparo legal para su ulterior resarcimiento en sede judicial, son cuestiones cotidianas.

Por estas razones, se convierte en una realidad incuestionable la necesidad de crear acciones normativas dirigidas a combatir todas las manifestaciones subsistentes de discriminación, ya sea directa o indirecta, o de cualquier otra índole; y a promover la igualdad real entre los particulares, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla, a partir de la propia exigencia del ordenamiento constitucional.

De allí que la mayor novedad de esta norma radique en la prevención y prohibición de esas conductas discriminatorias con relevancia negativa en las relaciones contractuales privadas, y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad en determinados tipos contractuales, con especiales características que propician una mayor carga discriminatoria y perpetúen la desigualdad. Por tanto, la dimensión transversal de la igualdad, señal de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, se debiera erigir como principio fundamental del futuro texto.

En palabras claves, el logro de la igualdad real y efectiva en la sociedad ecuatoriana reconocida en su texto constitucional requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares, especialmente las contractuales privadas que permitan el acceso a bienes y servicios de los ciudadanos. Razón por la cual, la necesidad de una norma que regule el tratamiento de la prohibición de la discriminación en las relaciones contractuales civiles se hace inminente. El ordenamiento jurídico ecuatoriano precisa de un acto normativo que logre

conjugar los principios de libertad y autonomía contractual, con el fomento de la igualdad de trato entre los particulares.

Ante esta realidad, y una vez defendida la postura sobre la necesidad de incorporar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el principio de no discriminación en las relaciones jurídicas contractuales, se pretenden enunciar los principales elementos que deben considerarse a los efectos de su futura regulación, sin que constituyan una camisa de fuerza para el legislador ecuatoriano. En todo caso, se trata de bases teóricas para una futura normativa que incluya los más trascendentales argumentos doctrinales y las pautas legislativas de Derecho comparado ya analizados en la investigación. Dichas bases intentan desarrollar principios, derechos y garantías que han sido reconocidas en ordenamientos jurídicos como el alemán y el español, las cuales han sido tomadas como máximos referentes para realizar la propuesta que se detalla a continuación.

En primer orden, y con independencia de la tipología normativa que se adopte, se propone el contenido que se debe detallar en la misma, desde un enfoque de la estructura que debe considerarse, coherente con su espíritu y finalidad.

– Objeto de la norma

Teniendo en cuenta que los ciudadanos ecuatorianos son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes reconocidos constitucionalmente, con el propósito de alcanzar una sociedad más democrática, justa y solidaria, el acto normativo tendría por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre las personas, en particular mediante la eliminación de la discriminación sobre cualquier circunstancia o condición, singularmente, en las esferas de la contratación civil. Para ello, debe establecerse un marco regulatorio que permita combatir la discriminación en el acceso a bienes y servicios de origen privado que permita garantizar la igualdad como principio supremo.

– Ámbito de aplicación de la norma

Teniendo en cuenta que todas las personas en el Estado ecuatoriano gozan del principio de igualdad de trato y no discriminación, las obligaciones establecidas

en la norma serán de aplicación a toda persona natural que forme parte de una relación contractual, tanto en el sector público como privado. En primer término, quedarían comprendidas todas aquellas relaciones jurídicas que faciliten el acceso a los bienes y servicios de los ciudadanos ecuatorianos que incidan en la satisfacción de sus necesidades personales, es decir, contratos que respondan a diferente naturaleza.

A pesar de ello, la norma no afectará la libertad de la persona para elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en los motivos discriminatorios de la persona contratante, sino en las propias características de los denominados contratos personalísimos. Así, queda fuera de su ámbito de actuación cualquier acto o contrato que se base en la confianza que genera la otra parte contratante, es decir aquellos que se llevan a cabo dentro de lo que se considera la vida privada o familiar.

– Principios que ordenan la norma

En efecto, la norma que se propone tendrá como objetivo el cumplimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, específicamente el derecho a la igualdad en todas sus acepciones. Por ello, debe tener un espíritu principalista, a lo que deberá responder el legislador plasmando los principios de igualdad, autonomía privada y no discriminación, como directrices en su aplicación y puesta en práctica por los sujetos destinatarios de la norma. Entre ellos pueden mencionarse:

a) Principio de autonomía privada

La autonomía privada, concebida como un principio fundamental del ordenamiento jurídico, que parte del reconocimiento del poder de autodeterminación de la persona, configura la esfera de su libertad para ejercitar facultades, derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen¹⁴³⁰.

¹⁴³⁰ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, "La autonomía privada y la buena fe...", *cit.*, p. 525; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad...", *cit.*, p. 240.

El reconocimiento de este principio consiste en el poder que se le reconoce a los particulares para poner en práctica el ejercicio de sus facultades dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, es decir, la libertad de la cual gozan para estipular los contratos que deseen, determinar su contenido, efectos y duración, pactar toda clase de contratos, sean o no regulados por la ley, combinarlos, atribuirle efectos diferentes a los establecidos en la ley, y también, modificar su estructura¹⁴³¹.

b) Libertad contractual

La libertad contractual se constituye como la esfera de autodeterminación de los sujetos dentro del vínculo contractual, descompuesto en la libertad de contratar, entendida como libertad de conclusión o de autodecisión para celebrar un contrato; y la libertad de elegir al otro contratante. Se erige como un derecho fundamental por medio del cual nadie puede ser privado de su libertad de contratar, ni ser obligado a ello, con la posibilidad de elegir la persona con la cual se celebrará el contrato, pues el acto de contratar es libre, y la persona con la cual se contrata también.

Por otro lado, la libertad contractual cuyo objeto consiste en la facultad que tienen las partes para regular sus intereses y derechos de común acuerdo, determinar el contenido del contrato, estipular los presupuestos y cláusulas que van a regir la relación contractual, así como elegir la forma del contrato; sin olvidarse que las formas contractuales son generalmente exigidas por la ley con el fin de proteger los derechos de terceros¹⁴³².

c) Principio de igualdad de trato

La igualdad significa que, en todos los aspectos relevantes, los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera

¹⁴³¹ ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno...*, cit., pp. 36 y 37; FERRI, Luigi, *La autonomía privada...*, cit., p. 5.

¹⁴³² FERRI, Luigi, *La autonomía privada...* cit., p. 5; ALTERINI, Atilio A y Roberto M. LÓPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno...* cit., p. 56; LÓPEZ CABANA, Alterini, *La autonomía de la voluntad...* cit., p. 7; DAMIANI, E., "L'autonomia privata", en: AA.VV., *Il contratto nella società moderna, en Il contratto in generale*. Bessone (dir.). Casi e questioni di diritto privato, vol. XXI-I, Milano, 2002, pp. 2 ss.; MOISÁ, Benjamín, *La autonomía de la voluntad...* cit., p. 62; PERLINGIERI, Pietro – DONISI, Carmine, "Autonomia negoziale e autonomia contrattuale", en PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 335.

uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo. Este principio implica para el ordenamiento jurídico una garantía general de trato igual y no discriminatorio a las personas por los poderes públicos; y también, el reconocimiento para que todas las personas sean protegidas, ya sea de manera formal o jurídica (garantía de la igualdad de trato ante la ley), o de manera material o real (que supone la búsqueda de la igualdad efectiva), de alcance más colectivo¹⁴³³.

Por último, en la futura norma debe quedar claro que igualdad no significa trato uniforme, sino más bien un trato igual en situaciones idénticas, y un trato diferente en situaciones diversas¹⁴³⁴. En este caso, pudieran existir dentro del propio ordenamiento jurídico causas reconocidas en los diferentes cuerpos legales que se aplicarán a situaciones específicas presentadas por sujetos determinados, pero que configurarán un trato diferente en dependencia de las circunstancias, hechos y supuestos, existiendo un margen en el orden legislativo que permite realizar esta diferenciación, por lo tanto, si no se justifica correctamente, deviene en discriminación.

d) Principio de no discriminación

A los efectos de la norma, una persona tiene derecho a no ser discriminado en relación con un contrato o cualquier otro acto jurídico por motivos como la etnia, el lugar de nacimiento, la identidad de género y cultural, así como el estado civil, el idioma, la religión, la ideología, la filiación política, o el pasado judicial, la condición socio-económica o migratoria, la orientación sexual, el estado de salud, que incluye portar enfermedades como el VIH, la discapacidad y las diferencias físicas, o por cualquier otra distinción, personal o colectiva, que tenga

¹⁴³³ PALOMAR VEREA, Cristina, "Discriminación, diferencia e identidades..." *cit.*, p. 137; RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, "Prolegómenos de una teoría política..." *cit.*, p. 35; REY, Fernando y David GIMÉNEZ GLUCK, *Por la diversidad...* p. 33; BERNAL PULIDO, Carlos, "El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional..." *cit.*, p. 452; CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen María, "Los principios constitucionales de igualdad de trato..." *cit.*, pp. 202-204.

¹⁴³⁴ *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso 0179-12-CN y acumulados de fecha 4 de septiembre de 2013, p. 58.

por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos¹⁴³⁵.

Se trata de reconocer el principio con carácter general en sede de Derecho de Contratos, pero dejando su aplicación, modificación y extensión abiertas, con el fin de que su posible aplicación práctica sea más real y efectiva, pues de lo contrario, en su pugna con el derecho de libertad contractual, que tan arraigado y protegido está en este ámbito del derecho, terminaría desprotegido¹⁴³⁶.

– La ponderación de principios ante la tensión entre la libertad contractual y la igualdad

La intención principalista de la norma a proponer en la aplicación de la prohibición de discriminación por motivos injustificados en las relaciones jurídicas privadas y, concretamente, en las relaciones contractuales sometidas al derecho privado general, plantea un conflicto de gran trascendencia entre dos principios fundamentales del ordenamiento jurídico ecuatoriano: la libertad contractual por un lado, y el principio de igualdad de trato por otro.

Por estas razones, ante la colisión de estos principios, o el roce entre uno de ellos y un interés estatal legítimo, se debe aplicar la ponderación como mecanismo de solución, el que a su vez tomará en cuenta para el logro de una adecuada solución las reglas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a los efectos de alcanzar una optimización de la aplicación de los principios en los hechos específicos, teniendo como premisa las posibilidades materiales y jurídicas.

¹⁴³⁵ Sobre el principio de no discriminación: *Vid.* SOSA SALAZAR, Edinson Guillermo; Luis Johao CAMPOVERDE NIVICELA y Melina Estefanía SÁNCHEZ CUENCA, “Los principios de titularidad...”, *cit.*, p. 434; REY MARTÍNEZ, Fernando, “Breve análisis del Proyecto de Ley integral para la igualdad...”, *cit.*, p. 49; QUESADA SEGURA, Rosa, “La no discriminación...”, *cit.*, p. 55; DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, “El desarrollo del derecho a la no discriminación...”, *cit.*, pp. 131 y 132.

¹⁴³⁶ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados...”, *cit.*, p. 151; NAVARRETTA, Emanuela, “Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato...”, *cit.*, p. 144; INFANTE RUIZ, Francisco Juan, “La protección contra la discriminación mediante el derecho privado...” *cit.*, p. 12; NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales. Perspectiva Constitucional reciente”, en *Lan Harremanak*, No. 25, Vizcaya, 2012, p. 25; BILBAO UBILLOS, Juan maría, “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares...”, *cit.*, p. 150; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares...* *cit.*, pp. 95 y 96.

Sobre este orden de ideas, y teniendo en cuenta que la norma debe crear el escenario que restringe la autonomía privada por aplicación del principio de igualdad de trato como un límite de la libertad contractual, se debe tener presente que la elección de la contraparte en una relación jurídica patrimonial puede estar determinada por motivos discriminatorios y, a pesar de ello, considerarse lícitas si están justificadas con un propósito legítimo y además de ello, los medios que utiliza son adecuados y necesarios.

Como se ha señalado, la libertad contractual incluye la libertad de elegir a la parte contratante, de tal suerte, una persona que suministre un bien o un servicio puede tener una serie de razones subjetivas que le lleven a elegir a determinada persona como parte contractual y, en cambio, rechazar a otra u otras. La nueva regulación no debe limitar esa libertad de elección, salvo que la misma se base exclusivamente en los motivos anti discriminatorios que ella enuncie.

El precepto que aborde este extremo, no debe prohibir la realización de los llamados negocios personalísimos, en los que la consideración de la persona que va a actuar como contraparte es esencial para la configuración misma de la relación negocial. Por ello, se debe lograr la más exacta formulación en la norma en cuanto restrinja su aplicación a estos efectos.

En este orden, deberán incluirse la mayor parte de los contratos de consumo de bienes y servicios, como los que dan acceso al transporte público, bares, restaurantes, hoteles, contratos turísticos y servicios relacionados con el ocio, arrendamientos, seguro, contratos bancarios, así como los negocios de compraventa de todo tipo de bienes o prestaciones de servicios ofrecidos al público en general.

– El supuesto del hecho discriminatorio en el contrato

La discriminación en las relaciones contractuales se evidencia cuando exista un trato desigual a personas en una situación igual o comparable, sin razones objetivas y sin justificación razonable, generando con ello una desventaja o restringiendo el derecho de formar parte del vínculo negocial y, por tanto, el acceso a los bienes y servicios ofertados. En este sentido, la discriminación constituye una violación de los derechos fundamentales al atentar contra la

igualdad de oportunidades para los individuos cuando estos se encuentran en la misma situación jurídica.

Tomando los criterios expuestos por la Corte Constitucional de Ecuador, en el examen para la determinación de una conducta discriminatoria se deben tener en cuenta tres elementos contenidos en la norma suprema: a) Que se verifique una distinción o exclusión; b) que dicha distinción o exclusión esté basada en una de las categorías establecidas en la Constitución; y c) que el objeto o resultado de dicha exclusión sea el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos constitucionales. Para la Corte, la configuración del principio de no discriminación requiere que la exclusión o distinción se encuentren basadas en las causas reconocidas en la Constitución ecuatoriana de 2008¹⁴³⁷.

Ante ello, se entenderá por discriminación cualquier trato desigual, exclusión o preferencia hacia una persona, basados en cualquiera de los motivos antes enunciados, que tenga por efecto anular, alterar o impedir el pleno ejercicio de los derechos individuales o colectivos en los procesos de selección y durante la existencia de una relación jurídica contractual de carácter privado.

- Tipos de discriminación

Otra cuestión a tener en consideración para la formulación jurídica de la no discriminación en el contrato, es la referencia a la posible distinción entre aquellas situaciones que “constituyan” discriminación, y aquellas otras que la “causen”. En el ámbito estrictamente jurídico-privado, lo primero se derivará frecuentemente de ciertas prácticas o actuaciones, así como de cláusulas negociales directamente discriminatorias. Por su parte, las actuaciones y el contenido negocial que puede ser causa de discriminación, conducirían a supuestos de discriminación indirecta.

¹⁴³⁷La Corte Constitucional de Ecuador, como órgano que tiene a su cargo la defensa de los derechos constitucionales, no solo se limita a interpretar la Constitución y demás cuerpos legales, sino que además establece guías y fundamentos de actuación ante supuestos discriminatorios que aunque encuentran reconocimiento legal, la norma se incumple o es interpretada erróneamente. *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP, de fecha 15 de noviembre de 2016, p. 15.

Siguiendo el criterio de AGUILERA RULL¹⁴³⁸, se exige un juicio de comparación entre la situación de la presunta víctima, y otra situación real o meramente hipotética. Si existe el riesgo de que el trato menos favorable pueda darse, aunque efectivamente este no se haya producido, podría darse el caso de que el demandado como autor de una discriminación directa tuviera que responder de un comportamiento inexistente, incluso indemnizando un daño que no se ha producido. Lo cual, de ser cierto, sería del todo excepcional en un sistema de responsabilidad civil, donde uno de los presupuestos ineludibles es la existencia efectiva de un daño¹⁴³⁹. En tal caso, deberá reconocerse la discriminación directa y la indirecta.

a) Discriminación directa

Se debe considerar discriminación directa el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de uno de los criterios de discriminación establecidos constitucionalmente, con independencia de los motivos del causante de la discriminación. Por tanto, se considerará infringido el principio que prohíbe la discriminación cuando se pueda probar que un acto o contrato supone un tratamiento diferente de situaciones idénticas, o un tratamiento igual a situaciones diferentes, siempre que tenga su origen directo en uno de los motivos que la norma ha tomado en consideración¹⁴⁴⁰.

Es importante destacar que no se protegerá a las personas frente a un trato meramente diferente, sino que se exigirá que la persona sea objeto de un trato menos favorable que otra, en una situación igual, bajo el presupuesto de que diferenciación no es discriminación¹⁴⁴¹. Por tanto, el elemento clave de esta

¹⁴³⁸ AGUILERA RULL, Adriana, "Discriminación directa e indirecta comparación crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz en el Proyecto español de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres", en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, No. 396, Barcelona, enero 2007, pp. 2-10.

¹⁴³⁹ Es de señalar que en el caso del Código Civil ecuatoriano vigente, no se concreta un sistema de responsabilidad civil cuya fuente lo constituya el contrato como negocio jurídico. Aun así, es menester tomar las consideraciones más generales enarboladas por la doctrina al respecto, y las adoptadas en legislaciones, tal es el caso del Código Civil español vigente.

¹⁴⁴⁰ REY, Fernando y David GIMÉNEZ GLUCK, *Por la diversidad... cit.*, p. 33; AÑONG ROIG, María José, "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja..." *cit.*, p. 142.

¹⁴⁴¹ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "La igualdad jurídica como límite..." *cit.*, p. 74; FERNÁNDEZ RUIZ GÁLVEZ, María Encarnación, "Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal..." *cit.*, p. 60; COBREROS MENDAZONA, Edorta, "Discriminación por indiferenciación..." *cit.*, p. 75.

definición de discriminación directa se encuentra en el elemento comparativo, es decir, tratar de forma menos favorable a una persona con respecto a otra en una situación comparable.

b) Discriminación indirecta

Se considerará discriminación indirecta cuando mediante una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, se coloque a personas de diferentes condiciones, en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados¹⁴⁴².

Por consiguiente, las posibles actuaciones indirectamente discriminatorias han de estar sometidas también, desde el derecho privado, al filtro que supone el criterio de justificación objetiva señalado, que se concreta en la persecución de una finalidad legítima y en la utilización de medios necesarios y adecuados para alcanzar dicha finalidad.

El elemento clave del supuesto de hecho de la discriminación indirecta es el impacto adverso que la medida tiene en el sujeto diferente, es decir, el factor determinante es el resultado perjudicial ocasionado, y es esto lo que permite que la actuación aparentemente neutral pueda ser calificada como discriminación indirecta.

c) Discriminación múltiple

La discriminación múltiple se produce cuando una persona es tratada de una forma diferente y peor que otra en distintos momentos y por diferentes razones como la raza, el sexo, el género, entre otras. Por ello, para poder hablar de este tipo de discriminación es necesario que estos factores se presenten al mismo tiempo.

¹⁴⁴² SÁNCHEZ CÁRDENAS, Alejandro Diego, "Apuntes sobre la responsabilidad internacional de los Estados y discriminación indirecta ...", *cit.*, p. 25; AKHTAR, Zia, "Discriminación indirecta...", *cit.*, pp. 48-50; ELORZA GUERRERO, Fernando, "Despido y prueba de la discriminación...", *cit.*, pp. 247-249; AÑONG ROIG, María José, "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja..." *cit.*, p. 143.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la discriminación múltiple no encuentra reconocimiento expreso. Sin embargo, en el artículo 11 apartado segundo de la Constitución se prohíbe cualquier tipo de discriminación por todas las razones que allí se expresan, dejando abierta la posibilidad de otras formas de discriminación no enumeradas cuando refiere expresamente “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”, resaltando que la ley sancionará toda forma de discriminación.

En ese caso, la posibilidad que deja abierta la regulación jurídica de la prohibición de discriminación a otras posibles formas, se considera un aspecto importante en la protección frente a la discriminación múltiple. No obstante, debe incluirse en la propia norma los fundamentos conceptuales que especifiquen la existencia de supuestos discriminatorios basados en dos o más motivos¹⁴⁴³, y junto a ello, la aprobación de políticas públicas de igualdad para combatir esta clase de discriminación.

Siendo así, el marco normativo actual no obliga al intérprete a utilizar el concepto de discriminación múltiple, pero tampoco lo impide. En ese sentido, sería loable, por razones de seguridad jurídica reconocerlo expresamente en la normativa vigente, para que puedan ser analizados no solo de forma aislada, sino también, combinada, ofreciendo así una solución normativa legal ante estos supuestos.

d) Discriminación inversa y acciones positivas

Teniendo en cuenta el papel rector del Estado ecuatoriano en la aplicación y protección del principio de no discriminación, es necesario que la norma contenga y establezca las acciones positivas necesarias que promuevan la igualdad de oportunidades entre todos los miembros de la sociedad, especialmente, aquellos que pertenecen a grupos desventajados. Las acciones positivas se refieren a todas aquellas medidas de impulso y promoción que

¹⁴⁴³ Respecto a la necesidad de que se establezca un reconocimiento de la discriminación múltiple en las políticas públicas españolas. “Género, inmigración y discriminación múltiple...”, *cit.*, pp. 239-247.

tienen por objeto establecer la igualdad efectiva entre todos los ciudadanos mediante la eliminación de las desigualdades de hecho¹⁴⁴⁴.

Constituyen deberes impuestos por las normas a los poderes públicos, y no se considerará nunca discriminatoria en la medida en que el trato jurídico mejor dispensado a uno de los grupos en comparación con el otro, no conlleve el efecto simétrico típico de las discriminaciones, es decir, un trato peor a los miembros concretos del otro grupo.

En consecuencia, como son considerados la concreción de una excepción al principio general, se permite que se recurra a este tipo de medidas siempre que se cumplan las exigencias determinadas, y que, además de perseguir el fin legítimo de la igualdad real y efectiva, sean razonables y proporcionadas y, como requisito añadido, que se mantengan únicamente en cuanto subsistan las situaciones de desventaja fáctica a corregir.

La discriminación inversa por su parte, configura una variedad específica de acción positiva que adopta la forma de cuotas y tratos preferentes a favor de grupos que se quieren favorecer. Son de interpretación estricta, de manera que cuando desaparecen las condiciones sociales que las justifican, deben desaparecer, pues en caso contrario, constituirían discriminaciones directas, por ello tienen carácter transitorio¹⁴⁴⁵.

– Las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria y sus remedios jurídicos

La fórmula a emplear ante la existencia de conductas discriminatorias debe resultar lo suficientemente amplia, incluyendo en su seno una verdadera garantía de indemnidad. Es decir, aquella que consigue la protección material ante la violación del derecho, efectiva o posible y, en consecuencia, destinada a garantizar la prohibición de las conductas discriminatorias que puedan producirse en el futuro. Por ejemplo, la nulidad del acto y el restablecimiento

¹⁴⁴⁴ BEHAMONDE, Macarena, “La falsa concepción de la acción positiva...”, *cit.*, p. 15; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “Discriminación, igualdad de trato...”, *cit.*, p. 15; ZILIANI, Estefanía, “La acción afirmativa...”, *cit.*, p. 69; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Acciones positivas...”, *cit.*, p. 18; PÉREZ PORTILLA, Karla, “Acciones positivas”, en *Anuario 2003... cit.*, pp. 2-5; REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado... cit.*, pp. 84 y 85.

¹⁴⁴⁵ RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La discriminación inversa...”, *cit.*, pp. 123-140.

íntegro de la situación anterior a la violación del derecho, incluyendo la indemnización de los daños y perjuicios causados al sujeto discriminado.

Está claro que la regulación jurídica contra la discriminación sólo puede ser efectiva si el sistema legal pone a disposición de las personas afectadas remedios eficientes para exigir sus derechos. El conjunto de consecuencias jurídicas anudadas a la conducta discriminatoria no pueden concretarse sólo a la nulidad, a la privación de efectos de discriminación, o a la responsabilidad frente a la mencionada conducta, pues el ordenamiento jurídico resultaría reiterativo en cuanto a las sanciones generales que se aplican en todos los supuestos de protección de los derechos fundamentales. En tal sentido, la nulidad no será la mejor solución para garantizar los derechos de la víctima de la discriminación, y mucho menos, será en todos los casos la respuesta jurídica pertinente¹⁴⁴⁶.

Por ello, se considera oportuno aplicar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el conjunto de remedios previstos en las legislaciones españolas y alemanas para tal efecto, con las debidas adaptaciones motivadas por el carácter privado de la relación jurídica por hipótesis discriminatoria, así como las razones discriminatorias reconocidas. En tal sentido se proponen los siguientes:

a) El remedio eliminatorio

El remedio eliminatorio es aquella acción que tiene como objetivo terminar con la situación discriminatoria, y consecuentemente, con los efectos perjudiciales del acto. Para que esta acción tenga lugar, debe producirse el incumplimiento de la prohibición de discriminar (independientemente de la culpa del sujeto agente); y que el acto sea antijurídico. Este remedio comprende tanto la eliminación del perjuicio, como las consecuencias del mismo, para que el perjudicado pueda solicitar al juez que ordene al sujeto agente la abstención de realizar el acto discriminatorio en el futuro.

Esta última aspiración del sujeto perjudicado, como una de las más difíciles a resolver, nace del hecho de valorar, si esa exigencia de cesación en la

¹⁴⁴⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz, "Discriminación por razón de sexo...", *cit.*, p. 152.

discriminación, puede llegar a significar la obligación de contratar cuando la conducta discriminatoria ha sido precisamente la negativa por parte del suministrador del bien o servicio de que se trate para celebrar un contrato con la persona discriminada. Esta cuestión, como ya se ha apuntado, constituye el elemento fundamental de la tensión entre la libertad contractual, por un lado, y la prohibición de discriminación por el otro.

Ante escenarios como este, para determinar la solución, es necesario distinguir distintos tipos de situaciones: la primera, cuando la obligación de contratar no puede ser impuesta, sencillamente porque el contrato ya no es de interés para la persona discriminada. Por ejemplo, un ciudadano extranjero con residencia permanente que ha solicitado un préstamo al Banco y este se lo deniega por su condición de tal; o cuando el juez sanciona la discriminación y ya la persona ha conseguido el dinero con un buen amigo. En tal caso, ningún interés tiene ya la persona en el préstamo bancario, por lo que el resarcimiento será la única vía de indemnización¹⁴⁴⁷.

La segunda, cuando el contrato ya se hubiese celebrado con una tercera persona de buena fe, con lo cual se excluye la posibilidad de contratación con la persona discriminada. Por ejemplo, en los casos de arrendamiento, cuando el arrendador después de negarle la posibilidad de arrendamiento a una persona, le arrienda a otra, y después de ser sancionado, ya no cuenta con más inmuebles para alquilar. Por lo que la obligación de contratar en este supuesto también se hace imposible. En estos casos, imponer la obligación de contratar a la persona que ha efectuado la discriminación con quien no quiere, tendrá que limitarse a los casos en los que el contrato aún es posible de realizarse, sin perjuicio de terceros de buena fe.

¹⁴⁴⁷ De este supuesto pueden derivar otras implicaciones, por ejemplo, cuando el acto discriminatorio hubiere acontecido y persistiera la conducta discriminatoria, se puede afectar de igual forma a terceros que tengan la misma condición de afectado.

Sobre este particular se ha generado una incesante polémica desde la doctrina en el derecho español¹⁴⁴⁸ y alemán¹⁴⁴⁹. En este último, se acentuó en mayor medida durante la gestación de la AGG, donde las posiciones fundamentales giraron específicamente en torno a considerar si la prohibición de discriminación puede tener como efecto la imposición de la obligación de contratar a la persona discriminada.

Si nos remitimos a la doctrina clásica del Derecho Civil, podría considerarse que no es correcto imponer la obligación de contratar ni aun en los casos de discriminación, si se tiene en cuenta que la libertad de contratar incluye la libertad de elegir a la otra parte contratante¹⁴⁵⁰.

En mi opinión, la obligación de contratar no es un tema nuevo para el Derecho de Contratos, pues existen otros supuestos en los que se manifiesta latente esa obligación, aunque su naturaleza aun sea discutida¹⁴⁵¹. Sin embargo, considero que existirán casos en los que la ponderación entre la libertad de elegir a la parte contratante, y el derecho a la igualdad de trato, se derivarán de aquella obligación de contratar con la persona a quien se le negó ese derecho en primera instancia, ya que solo mediante la celebración del contrato, podrá hacerse efectivo su derecho a obtener la prestación.

En el caso de Ecuador, la libertad de contratación como expresión de la autonomía privada se encuentra específicamente regulada entre los derechos fundamentales consagrados en el artículo 66, numeral 16 de la Constitución, y como ya se ha señalado, el principio de igualdad en todas sus manifestaciones en el artículo 11 numeral segundo. Siendo así, como la obligación de contratar supone la exclusión de la libertad de contratar, la aplicación de esta medida

¹⁴⁴⁸ INFANTE RUIZ, Francisco José, "Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación...", *cit.*, pp. 216-235; GARCÍA RUBIO, María Paz, "La discriminación por razón de sexo en la contratación privada...", *cit.*, pp. 1073-1119; "De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación..." *cit.*, p. 371 y ss; Navas Navarro, Susana, "NAVAS NAVARRO, Susana, "Negativa a contratar y prohibición de discriminar..." *cit.*, pp. 1619-1639.

¹⁴⁴⁹ GARCÍA RUBIO, María Paz, "Discriminación por razón de sexo...", *cit.*, p. 152.

¹⁴⁵⁰ Díez-PICAZO y Ponce de León, Luis "Contrato y Libertad Contractual...", *cit.*, p. 12; FLUME, Werner, *El negocio jurídico...* *cit.*, p. 36; SPOTA, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos...* *cit.*, p. 22.

¹⁴⁵¹ Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil ... cit.*, p. 136.

deberá velar con extremo cuidado que se cumpla el principio de proporcionalidad o juicio de ponderación¹⁴⁵².

Significa este principio que siempre deberá adoptarse aquella medida adecuada, necesaria y proporcional a la obtención del fin legítimo propuesto. Entiéndase entonces que una medida no será proporcional si existiera otra medida alternativa que implicara una menor agresión en uno de los bienes jurídicos en conflicto¹⁴⁵³.

En esta sede, el principio de proporcionalidad exige que la medida que va adoptarse sea adecuada, lo que significa que debe promover el derecho infringido de un modo útil y objetivo, siempre que contribuya al logro del fin perseguido. Resultaría no proporcional, por inadecuada, la medida que limite un derecho fundamental, por el ejemplo el libre desarrollo de la personalidad. Debe ser necesaria, es decir, que no exista otro medio menos incisivo para promover el derecho que fuera igualmente eficaz¹⁴⁵⁴. Y por último, proporcional para la obtención del fin legítimo propuesto. En tal sentido, debe exigirse un juicio de ponderación o de valor que demuestre el razonamiento argumentativo sobre la aplicación de la medida, o lo que es lo mismo, que el sacrificio del derecho individual se encuentre en una relación razonable con el fin perseguido.

En conclusión, la obligación de contratar impuesta a la parte discriminadora solo podrá ser aplicada si se toma en cuenta el principio de proporcionalidad, mediante el cual se garantizará que la parte perjudicada por la negativa a contratar obtenga una reparación adecuada, necesaria y proporcional al daño que se le hubiera ocasionado al vulnerar su derecho a ser tratada igual que a otros sujetos en idénticas o similares circunstancias.

La respuesta del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que la libertad de contratar constituye uno de los pilares básicos del sistema ecuatoriano, dependerá entonces de una adecuada ponderación de derechos, siempre que el

¹⁴⁵² Sobre este tema. *Vid supra*, epígrafe 2.6. La igualdad y el principio de proporcionalidad.

¹⁴⁵³ NAVAS NAVARRO, Susana, "Negativa a contratar y prohibición de discriminar... *cit.*", pp. 1629.

¹⁴⁵⁴ Se afirma que una medida es de igual forma eficaz, si también es adecuada para la obtención del fin propuesto con similar efectividad. *Vid.* BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, *cit.*, p. 736.

derecho a la igualdad de trato se encuentre constitucionalmente garantizada, como afortunadamente es el caso de Ecuador.

b) Las acciones indemnizatorias

Sin lugar a dudas, el remedio civil por excelencia ante una actuación discriminatoria es la indemnización de los daños y perjuicios causados al sujeto que sufre la discriminación. Se configurará de esta manera una acción de responsabilidad contractual, en el sentido de que proviene del incumplimiento de una obligación previa al nacimiento de la responsabilidad, la de respetar el principio de igualdad de trato en las relaciones contractuales entre particulares. Por lo que sus requisitos se corresponden con la norma general, es decir, se requiere, en primer lugar, que exista una infracción de la prohibición de discriminar y, en segundo lugar, que el infractor tenga el deber jurídico de soportar el daño. Obviamente, su configuración será mediante una compensación pecuniaria que deberá ser adecuada.

Lo que sí resultará necesario para el reconocimiento de la responsabilidad es la existencia efectiva del daño como requisito inevitable en el sistema de responsabilidad civil. Si ocurriera un riesgo de discriminación que amenaza, pero que no ha llegado a producir un daño efectivo, no existirá obligación alguna de indemnizar, a pesar de que ese riesgo se tipifique como un supuesto de discriminación directa.

En Ecuador, no existe un artículo específico que regule las acciones indemnizatorias, sin embargo, del análisis del artículo 1505 referido a la condición resolutoria tácita, puede interpretarse que en su segundo párrafo se refiere a la posibilidad de que el otro contratante pueda pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de los perjuicios¹⁴⁵⁵.

Se interpreta así que la referencia “con indemnización de los perjuicios” es dejar abierta la posibilidad que la medida de resarcimiento se puede acumular a las

¹⁴⁵⁵ Artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”

acciones de resolución o cumplimiento del contrato. Sería esta la solución aplicable en Ecuador ante la existencia de una actuación discriminatoria.

c) La nulidad del contrato discriminatorio

Cuando el comportamiento discriminatorio provenga de la realización de un negocio jurídico contrario a las normas imperativas o prohibitivas, los negocios jurídicos que contravengan la prohibición de discriminar en el ámbito civil deberán prever su ineficacia en la norma.

La consecuencia jurídica del contrato discriminatorio será la nulidad radical del negocio jurídico como trasposición de lo estipulado en el propio Código Civil ecuatoriano vigente¹⁴⁵⁶, sin posibilidad de que medien acuerdos que resulten contrarios a la norma imperativa o prohibitiva, cuya consecuencia jurídica será la nulidad parcial y relativa del acuerdo ilegal, mientras que el resto del negocio jurídico en el que se inserte podrá desplegar su eficacia.

En el caso de los contratos inmorales, el juez podrá establecer la nulidad radical del contrato, o solamente de aquella parte que resulte ilícita¹⁴⁵⁷, con la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios.

En Ecuador, se aplicaría lo estipulado en el artículo 1697 del Código Civil que establece la nulidad de todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa. Seguidamente, en el artículo 1698 se establece que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

¹⁴⁵⁶ El artículo 1697 del Código Civil establece: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”. Y seguidamente, el artículo 1698 establece: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...”.

¹⁴⁵⁷ GARCÍA RUBIO, María Paz, “La supuesta nulidad de los actos...”, *cit.*, p. 3.

De allí que pueda interpretarse que el actuar discriminatorio producirá como remedio jurídico la nulidad absoluta, pues el incumplimiento del principio de no discriminación resulta una violación de uno de los requisitos prescritos en la ley para el valor de ciertos actos o contratos, como es el caso del respeto al principio de igualdad y no discriminación reconocido en los artículos 11.2 y 66.4 de la Constitución, aplicables a todos los actos y contratos celebrados.

Sin embargo, se considera que la nulidad absoluta no es siempre la mejor solución o remedio para la persona discriminada, pues existen otros que podrán amparar a la víctima de un contrato discriminatorio, sin llegar a ese extremo. Por ejemplo, la parte discriminada pueda instar la nulidad relativa, amparándose en el artículo 1700 del Código Civil¹⁴⁵⁸, de tal forma que la persona pueda exigir los mismos derechos que le corresponderían de no haberse efectuado la discriminación.

Solo en aquellos casos en los que el contrato no pueda persistir sin la parte discriminatoria, tendrá sentido la nulidad absoluta del mismo, de conjunto con la correspondiente indemnización.

En última instancia, si la violación a la prohibición de discriminación supone el incumplimiento contractual, la persona discriminada puede recurrir a otras soluciones o remedios jurídicos, como por ejemplo la resolución del contrato como uno de los remedios sinalagmáticos¹⁴⁵⁹, o el cumplimiento del contrato con la indemnización de perjuicios, tal y como lo prevé el artículo 1505 del Código Civil.

d) La extinción de la relación contractual

Este remedio no reviste más comentarios que aclarar que dicha extinción anticipada se aplicará a cualquier tipo de contrato ya perfeccionado, con

¹⁴⁵⁸ El artículo 1700 del Código Civil establece: “nulidad relativa será declarada por el juez a petición de parte. Deberá alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, por sus herederos o cesionarios. Podrá sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes...”.

¹⁴⁵⁹ Sobre la resolución del contrato. *Vid.* PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, “La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento”, en Sixto Sánchez Lorenzo (coord.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transaccional*, Vol. 2, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 867-870.

independencia de que su régimen jurídico propio lo prevea o no, en el que la ejecución de su contenido refleje actos o conductas discriminatorias, ya que, precisamente, la finalidad de la norma que se propone es que se pueda aplicar a cualquier contrato discriminatorio, con el objetivo de proteger a la víctima en cualquier momento de la relación jurídica contractual.

En materia de extinción del contrato, el Código Civil ecuatoriano reconoce en el artículo 1583 diferentes causas de extinción de las relaciones jurídicas, entre las que se encuentra la nulidad en el apartado noveno cuando refiere: “las obligaciones se extinguen en todo o en parte: por la declaración de nulidad o por la rescisión”, elemento que, sin dudas, en los contratos discriminatorios resulta una de las principales consecuencias jurídicas que conlleva a la posterior extinción del mismo.

– La tutela judicial efectiva ante la discriminación en el contrato

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha devenido un concepto clave en el desarrollo del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos, a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

La tutela judicial efectiva significa la posibilidad de deducir ante los órganos jurisdiccionales, las pretensiones necesarias para la defensa y protección de sus derechos e intereses legítimos frente a cualquier conducta o actuación que pudiera lesionarlos o desconocerlos, con el objetivo de obtener una resolución de fondo ajustada a Derecho y su correspondiente ejecución, de conformidad con el ordenamiento jurídico sustantivo y procesal¹⁴⁶⁰.

La tutela judicial efectiva es una garantía compleja, cuyo contenido se determina teniendo en cuenta derechos o garantías concretas que sean interdependientes entre sí, mediante la cual se puede obtener, entre otros, el derecho al debido

¹⁴⁶⁰ En expresión de la Corte IDH, la existencia de un derecho a la tutela judicial efectiva implica la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; obligación que no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aun a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino además al deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial sean “verdaderamente efectivos” para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación”. *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012, p. 261.

proceso, que implica la existencia de garantías mínimas tendentes a asegurar un resultado justo y que incluye el derecho a la defensa, a la igualdad de oportunidades, la equidad procesal, y la utilización de los medios de impugnación.

En Ecuador, la víctima de la discriminación, de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución, podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad y no discriminación en los casos de discriminaciones en las relaciones entre particulares¹⁴⁶¹.

En este orden, cualquier persona merecerá de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad de trato en el seno de las relaciones contractuales de carácter privado, derecho fundamental que se reconoce en la Constitución ecuatoriana vigente, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

Su reconocimiento dentro de la sistemática constitucional como una “garantía” ha de suponer, como primera consecuencia, la adaptación de las normas procesales a fin de que puedan proporcionar las vías idóneas para asegurar la plenitud de la defensa jurisdiccional de cualesquiera de las relaciones jurídico-materiales, sin que queden espacios de inmunidad o situaciones de indefensión, incluyéndose justamente aquí la posibilidad que se le reconoce a la víctima de la discriminación, para exigir la tutela del derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones entre particulares.

En cuanto a la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles que versen sobre la defensa de este derecho, se considera pertinente acoger lo establecido por el COGEP en el artículo 31 como regla general.

La cuestión más controvertida es determinar a quién se reconoce la legitimación activa en el ejercicio judicial de este derecho, toda vez que restringirlo a la

¹⁴⁶¹ La tutela judicial efectiva se regula en el Capítulo octavo de la Constitución de Ecuador denominado “Derechos de protección”, estableciendo en el artículo 75 que: “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

persona que es parte del contrato tachado de discriminatorio, no se aviene con la garantía general de indemnidad que pretenderá otorgar la futura norma a las víctimas, lo que tampoco resultaría adecuado que cualquier miembro perteneciente al grupo de personas discriminadas tenga derecho a reclamar daños y perjuicios. El término medio que resolvería esta situación, es la de legitimar para reclamar daños y perjuicios tanto a quien sea parte de la relación contractual, como a quien pueda llegar a ser parte potencial de la misma, resultando también legitimadas aquellas personas que sin ser parte del contrato, tienen una estrecha relación con la situación discriminatoria en particular.

– La carga de prueba

Una vez activado el aparato judicial para la tutela efectiva del principio de no discriminación en las relaciones contractuales privadas, será necesario tener en cuenta el tratamiento al *thema probandu* en estos procesos, el que irá en correspondencia con lo establecido en la ley procesal vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano destinada al efecto¹⁴⁶². En estos casos, se deberá tener como máxima, que en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad¹⁴⁶³.

En tal sentido, sería loable establecer la inversión de la carga de la prueba con el objetivo de facilitar la prueba de la discriminación, proteger de una forma más efectiva a la víctima y, concretamente, una vez alegados los hechos que demuestren, o de los que se pueda presumir un trato desigual, le corresponderá a la parte demandada probar que tales hechos no constituyen una discriminación. Ello implicaría que el juez o autoridad competente valoren las intenciones de la persona que ha causado la discriminación, a quien le resultará bastante complicado romper la presunción que se ha establecido respecto de los

¹⁴⁶² Sobre este particular, vale destacar que el COGEP establece en el último párrafo del artículo 169, que también serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley.

¹⁴⁶³ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Discriminación y carga de la prueba... cit.*, p. 104; CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *El proceso laboral... cit.*, p. 344; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, "Prueba y proceso laboral...", *cit.*, p. 217; HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo, "La inversión de la carga de la prueba...", *cit.*, pp. 41-45.

hechos probados como discriminatorios, atendidas las circunstancias demostradas¹⁴⁶⁴.

Los argumentos esgrimidos constituyen las bases teóricas y legislativas a tener en cuenta por parte del legislador ecuatoriano para la futura promulgación de una norma que contenga la aplicación del principio de no discriminación en las relaciones contractuales entre particulares, con el fin de materializar la plena igualdad de los ciudadanos en todas las esferas de sus relaciones sociales, y especialmente, aquellas derivadas del Derecho contractual.

Consideraciones intermedias

El principio de autonomía de la voluntad se erige como una de las expresiones de libertad individual, y constituye la base principal del Derecho de Contratos. Bajo esta expresión, podrán celebrarse los contratos en correspondencia con la plena libertad e igualdad de las partes, como fundamento de la libertad contractual. Por esa razón, es indiscutible la estrecha relación que existe entre la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, en la que nace una relación de género a especie, donde la autonomía es el presupuesto de la libertad contractual.

La autonomía de la voluntad no se admite de forma absoluta, sino que se le reconocen restricciones que se derivan de determinadas situaciones de hecho y otras previstas en la ley, como el orden público y las buenas costumbres. Estos límites tienen como objetivo la tutela de los intereses generales y los intereses de terceros, los cuales no pueden dejarse a merced de la voluntad del individuo. De igual forma, tienen su fundamento en razones como la protección de la justicia cuando existe una relación desigual entre los sujetos del contrato (por ejemplo, los derechos de los consumidores).

Según el estudio realizado, es indiscutible la colisión entre los principios de libertad contractual y la igualdad de trato, en el marco del equilibrio contractual y su posterior valoración con la prohibición de discriminación. En tal orden, dicha

¹⁴⁶⁴ GIMÉNEZ COSTA, Ana, "El Principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el Marco Común de Referencia...", *cit.*, p. 626.

contradicción habrá de resolverse en el sentido de proteger a quienes han experimentado la vulneración de la dignidad como consecuencia del ejercicio arbitrario de la libertad de contratación, con especial atención a los casos de monopolio de bienes o servicios socialmente relevantes, compatibles también con una revisión del contenido del contrato en casos de desequilibrio negocial. Por lo que la negativa a contratar de un sujeto preponderante, aun en ejercicio de su libertad de contratar, no podrá ampararse en razones de sexo o raza, u otras de las reconocidas y estudiadas en esta tesis.

La prohibición de discriminación, en cualquiera de sus vertientes, obliga a todos porque guarda estrecha relación con la dignidad humana, principio que debe protegerse *erga omnes*, frente a cualquier agresión. En esa vinculación *ex Constitutione*, entran en juego la libertad contractual y la autonomía privada, principios estructurales del Derecho privado, en el que la autonomía privada no puede concebirse hoy como un dogma, ni como una cuestión forzada para justificar imposiciones arbitrarias, sino que se ve sometido a nuevas limitaciones, como es la prohibición de discriminación.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano requiere de una norma específica que establezca los principales postulados teóricos y normativos para erradicar las conductas discriminatorias con relevancia negativa en las relaciones contractuales privadas, para hacer efectivo el principio de igualdad en aquellos tipos contractuales que, por sus características, propicien una mayor carga discriminatoria y perpetúen la desigualdad. Por tanto, la dimensión transversal de la igualdad, señal de identidad del derecho antidiscriminatorio, se debiera erigir como principio fundamental del futuro texto.

CONCLUSIONES

I. La tutela constitucional de los derechos fundamentales refrenda el reconocimiento de derechos de carácter individual y colectivos atribuibles a todas las personas por gozar de esta cualidad, garantizando en paralelo la facultad de exigir su cumplimiento, observancia y no vulneración, al estar conectados con una eficacia directa.

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la actualidad tiene una doble funcionalidad para los ordenamientos jurídicos, ya sea como valor o como principio, al quedar atrás la concepción individual de estos frente al poder del Estado. Uno de los efectos principales de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales es su eficacia horizontal, dígase la forma en que estos inciden y trascienden a las relaciones *inter privatos*, relaciones que no pueden quedar al margen del ámbito de aplicación del principio de igualdad, donde la autonomía de la voluntad, ley de los contratos *per se*, tendrá como uno de sus límites el respeto al principio constitucional de no discriminación y las reglas constitucionales que deriven del principio de igualdad de trato.

II. La igualdad es un principio que transversaliza a los derechos humanos contentivos en los ordenamientos jurídicos, cuyo fundamento básico es la dignidad de la persona humana; por lo que todo análisis o enfoque en lo referente a los derechos fundamentales, han de partir de la necesidad de tomar en cuenta los intereses de todos los individuos en plano de igualdad, con independencia de la raza, el género, la orientación sexual, la edad, la clase social o tradición cultural; siendo un imperativo en su reconocimiento y aplicación constitucional la prohibición de discriminación como garante de protección de los derechos.

La igualdad constituye el presupuesto para lograr un efectivo reconocimiento, goce y disfrute de los derechos humanos, al resultar la expresión más prístina de tratos no discriminatorios, así como del respeto y valoración de las diferencias. El derecho a la no discriminación constituye la figura jurídica mediante la cual se materializa la igualdad.

III. El derecho constitucional a la no discriminación es atribuible a toda persona en el sentido de no ser tratado de modo diferente o desfavorable con respecto de otra. Se convierte en un principio que debe servir de sustrato al ordenamiento

jurídico en la creación y aplicación de sus normas, donde el Estado, en su rol de garante, tiene el deber de instar, por medio de leyes de desarrollo, mecanismos que adviertan la discriminación y su prevención efectiva tanto en el ámbito público como en el privado.

No toda desigualdad origina situaciones de discriminación, sino solo cuando no se justifique de forma legítima y como medio para alcanzar la igualdad en un caso particular. Aquellas acciones que traen consigo una diferencia de trato individual injustificado, ocasionan una vulneración a la igualdad formal que debe ser resuelta por los órganos judiciales en aras de restituir la justicia, garantizando con ello la igualdad real y efectiva que todos los ciudadanos merecen.

El derecho antidiscriminatorio se integra por principios jurídicos, deberes y obligaciones que respaldan el principio de no discriminación, cuya esencia y contenido radica en la defensa igualitaria de las personas. Su efectividad se alcanza por medio de herramientas jurídicas que mitiguen o erradiquen cualquier situación desventajosa que involucre a diferentes grupos o sectores sociales susceptibles de ser discriminados.

IV. El principio de no discriminación encuentra amparo legal en el Derecho Internacional de los derechos humanos, siendo tendencia su preconización en los ordenamientos jurídicos, donde destaca la normativa española como referente de análisis, al reconocer todas y cada una de las formas de discriminación (directa, indirecta, por asociación, discriminación por error y discriminación múltiple), con las medidas que actúan en paliativo para prevenir, eliminar y corregir todas formas de discriminación, tanto en los sectores públicos como privado; unido a la existencia de mecanismos jurídicos que instrumentan medidas de acción positiva y compensatorias según proceda, ante cualquier forma de discriminación en su dimensión tanto colectiva como social.

Los esfuerzos normativos en pos de eliminar o mitigar las prácticas discriminatorias en el derecho ecuatoriano, a diferencia del ordenamiento jurídico español, resultan insuficientes, al existir un vacío legal respecto a la existencia de un mecanismo que efectivice el resarcimiento a causa de la vulneración del principio de no discriminación en el Derecho contractual. El rol proactivo del Estado impone la correlativa obligación de este en la adopción y puesta en

práctica de acciones positivas y compensatorias frente a supuestos de discriminación.

Para el logro de la igualdad real y efectiva en la sociedad ecuatoriana, como se reconoce en el texto magno constitucional, se requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su regulación jurídica en el ámbito de las relaciones entre particulares, especialmente las contractuales privadas que promueven el acceso a bienes y servicios de los ciudadanos. Realidad que conculca la necesidad de configurar una norma que establezca la prohibición de no discriminar en las relaciones contractuales civiles, a fin de solventar cualquier vestigio de desigualdad que lastre la concreción del negocio.

V: La incorporación del principio de igualdad no opera directamente como límite de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Su vulneración solo podrá invocarse cuando este tenga un reconocimiento con rango constitucional en el que subsuma el principio de no discriminación en las relaciones contractuales. Su esfera de aplicabilidad está estrechamente vinculada con valores que dimanen de la autonomía privada, al manifestarse por medio de los derechos y deberes que nacen del propio nexo contractual.

El respeto al principio de igualdad como obligación, deviene exigible a los órganos del poder público, no así a los sujetos privados, cuyo ámbito de exigibilidad como límite a su autonomía solo es posible en aquellos supuestos discriminatorias que contravengan el orden público.

La efectividad de la no discriminación frente a la autonomía privada dependerá de las particularidades de la relación jurídica privada; los derechos fundamentales en conflicto; los bienes constitucionales cuyo tratamiento diferenciado estuviesen restringidos; el grado de simetría entre las partes; la trascendencia o repercusión social de la diferenciación; y el análisis del posible efecto sobre la dignidad de la persona discriminada.

Estos criterios constituyen la base en la fundamentación de las pautas a las que habrá de atender el juez en su función de intérprete del negocio jurídico contractual, cuando el conflicto derive en la inobservancia del principio de no discriminación, a fin de reducir criterios subjetivos de estos que operen en detrimento de la preservación de la autonomía privada.

VI. La materialización de la libertad de contratación constituye el soporte o respaldo para la inclusión del principio de no discriminación en el moderno Derecho de Contratos, al ser entendida como el amparo que se les proporciona a aquellos que por formar parte de un grupo o estrato social determinado, son discriminados en las relaciones de mercado.

El criterio de proporcionalidad en las relaciones contractuales se erige como un remedio a las limitaciones en la aplicación del principio de no discriminación en la esfera de la libertad de contratación, al funcionar como garante frente a normas excesivas cuyo propósito resulte la eliminación del actuar discriminatorio. La injerencia en la libertad de contratación solo es permisible cuando la discriminación lesione otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, como la dignidad o la libertad de contratación de la víctima de discriminación.

Las deficiencias que en el plano teórico –normativo existen respecto al principio de no discriminación y su incidencia en la libertad contractual, se solventan con un ordenamiento jurídico integrado, donde la libertad se erija como uno de sus principios esenciales, a fin de garantizar su aplicación por medio de la actuación coactiva del Estado ante supuestos excesivos de libertad de contratación de un sujeto frente al otro.

VII. El ordenamiento jurídico ecuatoriano requiere de la instrumentación de una norma específica que establezca la previsión de políticas activas para hacer efectiva la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones jurídicas contractuales. La configuración de la norma atinente al reconocimiento, regulación y aplicación del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones contractuales en el sistema jurídico ecuatoriano, habrá de tener en cuenta en su base teórica –legislativa, la inclusión y fundamentación de los siguientes elementos:

– Dentro de los principios fundamentales que deben ordenar la norma deben identificarse el principio de autonomía privada; la libertad contractual; el principio de igualdad de trato; el principio de no discriminación; y la ponderación de principios ante la tensión entre la libertad contractual y la igualdad.

- Se deben incluir y reconocer los diferentes tipos de discriminación, especialmente la discriminación directa, indirecta y múltiple. De igual forma, se deben incluir las acciones positivas; las consecuencias jurídicas de la conducta discriminatoria, y los remedios jurídicos aplicables ante situaciones de discriminación.
- Dentro de los principales remedios jurídicos aplicables ante conductas discriminatorias en las relaciones contractuales, deberán incluirse el remedio eliminatorio; las acciones indemnizatorias; la nulidad del contrato discriminatorio, y la extinción de la relación contractual.
- El derecho a una tutela judicial efectiva ante supuestos discriminatorios en el ejercicio de la contratación es otro de los elementos a considerar para restablecer la igualdad de trato en las relaciones negociales de carácter privado.
- Se debe instrumentar en el ámbito procesal, la regulación de la carga de la prueba en aquellos conflictos que deriven de la inobservancia del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones contractuales, correspondiéndole a la parte demandada demostrar la inexistencia de discriminación en el negocio jurídico contractual.
- En materia de inversión de la carga de la prueba, la nueva normativa habrá de precisar las responsabilidades u obligaciones de las partes al momento de probar los hechos que aleguen, guardando especial cuidado de conceder la protección y garantías necesarias a la víctima del hecho vejatorio.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Alberto y Esperanza MARTÍNEZ (compiladores), *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011.
- ACOSTA, Alberto, "El Buen Vivir Una Oportunidad Por Construir", en *Revista Ecuador Debate* No. 75, CAAP, Quito, diciembre 2008.
- ACOSTA, Alberto, *El Buen Vivir En El Camino Del Post-Desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi*, Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, Quito, 2010.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "Principio de Solidaridad y Derecho Privado: Comentario a una Sentencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14, No. 2, Santiago de Chile, 2008.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "Derechos fundamentales-derechos humanos ¿Una distinción válida en el siglo XXI?", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, Vol. 43, México DF., 2010.
- AGUILERA-REAL, Alfaro, "Autonomía privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Privado*, Tomo XLVI, fascículo I, Madrid, 1993.
- AGUILERA RULL, Ariadna, "Discriminación directa e indirecta. Comparación crítica y concepto de discriminación en el *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, en *Indret*, 1, Barcelona, 2007.
- AGUILERA RULL, Adriana, "Prohibición de discriminación y libertad de contratación", en *INDRET, Revista para análisis del Derecho*, No. 1, Barcelona, febrero, 2009.
- AGUILERA RULL, Adriana, "El Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, No. 3, 2011.
- AGUILERA RULL, Ariadna, "Contratación y diferencia. Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público", editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- AKHTAR, Zia, “Discriminación indirecta, empleo e igualdad en el lugar de trabajo: una comparación entre la legislación de igualdad del Reino Unido y Australia”, en *Labos*, Vol. 1, No. 1, Madrid, 2020.
- ALAMEDA, María Teresa, “La oportuna adopción de un acuerdo colectivo comunitario sobre protección de datos personales de los trabajadores”, en *Justicia laboral*, No. 41, Madrid, 2010.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos, “Reflexiones sobre la igualdad material”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 4, Madrid, 1987.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, tomo I.- Introducción y Parte General, 15ª ed., editorial Bosch, Barcelona, 2002.
- ALBUJA-ECHEVERRÍA, Wilson Santiago y María José ENRÍQUEZ-RODRÍGUEZ, “Análisis de la discriminación laboral hacia las mujeres en Ecuador 2007-2016”, en *Revista de Ciencias Sociales Convergencia*, No. 78, México DF., 2018.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.
- ALESSANDRI, Arturo, *De los contratos*, editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Revista internacional Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 5, Alicante, 1988.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. español Ernesto Garzón Valdés, editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALEXY, Robert, “Efecto en terceros o efecto horizontal”, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1ra edición, 3ra reimpresión, Madrid, 2002.
- ALEXY, Robert, *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, editorial Trotta, Madrid, 2003.

- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ALEXY, Robert, “La fórmula del peso”, *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonel (editor), 1^{ra} edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 11, México DF., enero-junio 2009.
- ALFARO ÁGUILA –REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, editorial Civitas, Madrid, 1991.
- ALFARO ÁGUILA –REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, fascículo I, La Rioja, enero-marzo 1993.
- ALFERILLO, Pascual Eduardo, “Cláusulas abusivas, nulidad e integración del contrato de consumo”, en AA.VV., *Tutela jurídica de los consumidores*, Alferillo, Pascual Eduardo ALFERILLO (coord.), Universidad Nacional, San Juan, 2010.
- ALPA, Guido, *Corso di diritto contrattuale*, Editore Cedam, Padova, 2006.
- ALTAMIRA GIGENA, Raúl Enrique y Gabriel TOSTO, “Autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo. Justicia social, principio de protección e irrenunciabilidad. Una concepción robusta de los derechos individuales del trabajador de fuente contractual, tomo 49, en *Anales: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2010.
- ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, 1^a ed., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos Civiles–Comerciales–De Consumo, Teoría General*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998-1999.

- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, y Carlos Alberto SOTO, Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 2000.
- ANCLE MAUNTONE, Marco, “El principio de igualdad y no discriminación en la vejez y la introducción de la perspectiva de la edad”, en *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, HUECHUAN, Sara (editora), CEPAL, León, 2012.
- ANERSON, Richard, “What is Wrongful Discrimination”, in *San Diego Law Review*, No. 43, 2006.
- ANZURES GURRÍA, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales*, No. 22, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., enero-junio 2010.
- ANZURES-GURRÍA, José Juan, “La dimensión objetiva de los derechos fundamentales en México”, en *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, Vol. 26, No. 1, Universidad de la Sabana, Sabana Centro, enero-junio 2017.
- AÑÓN ROIG, María José, “Autonomía de las mujeres: Una utopía paradójica”, en RAMIRO, Miguel Ángel y CUENCA, Patricia (eds.), *Los derechos humanos: La utopía de los excluidos*, editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- AÑÓN ROIG, María José, “Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier; RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; y FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (coordinadores), *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 4, Tomo 5, Madrid, 2013.
- AÑONG ROIG, María José, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, en *Isonomía*, No. 39, Buenos Aires, octubre 2013.
- APARISI MIRALLES, María Ángeles, “La Declaración de Independencia Americana de 1776 y los Derechos del Hombre”, en AA.VV., *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Ed. a cargo J. BALLESTEROS, editorial Tecnos, Madrid, 1992.
- APARISI MIRALLES, Angela, “Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. XII, Madrid, 1995.

- ARA PINILLA, Ignacio, "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad", en GARCÍA SANMIGUEL, L., *El principio de igualdad*, editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- ARCINIEGA, Federico, "El contrato de trabajo", en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, Patricia KURCZYN VILLALOBOS y Carlos Alberto PUIG HERNÁNDEZ (Coords.), 1ª ed., editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2003.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe de María Araujo y Julián Marías, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 11ª edición, Madrid, 2018.
- ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2012.
- ARROYO CISNEROS, Edgar Alán, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México: Algunas notas para su análisis", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 19, La Coruña, 2015.
- ASENSI SABATER, José, *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, "A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta", en *Revista internacional Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 4, Alicante, 1987.
- ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz MANERO, *Las piezas del Derecho-Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- ATIENZA, Manuel y Luigi FERRAJOLI, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, 1ª ed., Editora del Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2005.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 1ª ed., 2ª reimp., Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2005.

- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Ecuador Estado constitucional de derechos y de justicia", en Constitución del 2008 en el contexto andino, Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (ed.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, noviembre 2008.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos" en *Desafíos Constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2008.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Los principios de aplicación de los derechos", en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el Derecho Comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ra edición, Quito, 2008.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Caracterización de la Constitución de 2008. Visión Panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia", en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Santiago ANDRADE, Agustín GRIJALVA y Claudia STORINI (edits), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Principios e interpretación. Los principios de aplicación de los derechos", en *Nuevas Instituciones Del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, AA.VV, Serie Investigación No. 14, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Quito, julio 2009.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "Las Garantías Constitucionales: Perspectiva Andina", IUS, en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., número 25, Puebla, 2010.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El derecho a la salud en el contexto del Buen Vivir la constitución ecuatoriana del 2008 y el derecho a la salud*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2012.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Pensamiento Jurídico Contemporáneo, No. 1, Corte Constitucional para el periodo de transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, marzo 2012.

- BAHAMONDE, Macarena, “Falsa concepción de acciones positivas a favor de las mujeres como medidas de discriminación directa”, en *USFQ Law Review*, Vol. 2, No. 1, Quito, 2015.
- BAILÓN CORRES, Moisés Jaime, “Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales”, en *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, No. 12, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2017.
- BALLARÍN IRIBARREN, Javier, “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la “*Drittwirkung*”) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, No. 24, Madrid, septiembre-diciembre 1988.
- BALLESTER PASTOR, María, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo, “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, No. 92, Madrid, 2011.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo, “La vulneración del derecho efectivo a la no discriminación laboral en las empresas externalizadas”, en *Revista Galega de Dereito Social -2ª Etapa*, No. 3, Madrid, 2017.
- BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de voluntad*, Tesis doctoral dirigida por Julio Carbajo González (dir. tes.), Universidad de Oviedo, 1996.
- BAQUERO, Jairo, Juan Carlos, GUATAQUÍ & SARMIENTO, Lina, “Un marco analítico de la discriminación laboral. Teorías, modalidades y estudios para Colombia”, en *Borradores de investigación*, No. 8, Medellín, 2000.
- BARASSI, Lodovico, *Instituciones de Derecho Privado*, vol. II, José María Bosch Editor, Barcelona, 1955.
- BARNES, Javier, “Introducción al Principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, No. 135, Madrid, septiembre-diciembre 1994.

- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVIII, Madrid, 2001.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo”, en *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, BARRANCO María del Carmen y Cristina CHURRUCA (eds.), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, editorial Cívitas, Madrid, 1997.
- BARRÈRE UNZUETA, María Angeles y MORONDO, Dolores, “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto GRUBER del TJCE” en M. BARRÈRE, M. y A. CAMPOS, en *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*, Dykinson- IISJ Oñati, Madrid, 2005.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles, “La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 87, Guipúzcoa, 2010.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles, “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio”, en *AFD*, No. XXXIV, Madrid, 2018.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. y Ana I. PÉREZ CAMPOS, “La labor creadora de Derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una aproximación al tema a partir del Derecho del Trabajo Español”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. XLIX, Madrid, 2016.
- BASTIDA FREIJEDO; Francisco José, *et. al.*, “La eficacia de los derechos fundamentales”, en *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- BASTIDA, Francisco José, *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, 1ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 2004.

- BATES, Luis, “Sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable norma de la ley de ISAPRES y derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, 2009.
- BATISTA, Fernando, “La dignidad de la persona en la constitución española: naturaleza jurídica y funciones”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, No. 14, Madrid, enero–junio 2006.
- BAYESFKY, Anne, “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 1-2, London, 1990.
- BEHAMONDE, Macarena, “La falsa concepción de la acción positiva a favor de las mujeres como medida de discriminación directa”, *Law Review*, Vol. 2, No. 2, Quito, 2015.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 21, 2017.
- BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge, “Los derechos y garantías constitucionales en Ecuador”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, Jorge y Escudero Soliz, Jhoel (Coordinadores), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Cuadernos de Trabajo No. 4, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2013.
- BENÍTEZ CAORCI, Juan José., *La interpretación de los contratos con cláusulas predispuestas*, 1ª ed., Temis S.A, Bogotá, 2002.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Principio de igualdad y derecho privado”, en *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 2, Madrid, 1990.
- BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Dalloz-Sirey, París, 2000.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3ª, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

- BERNAL PULIDO, Carlos, *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Editores), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Serie justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 1ra. edición: Quito, diciembre 2010.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1997.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público” en *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas Del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Manuel Carrasco Durán, Francisco Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez, Manuel José Terol Becerra (ccord.), Vol. 1, Madrid, 2006.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares” en *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, No. 18, Madrid, 2006.
- BILBAO UBILLOS, Juan María: “Eficacia entre particulares”, en *el Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá / AECID, 9 de mayo, 2011.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: Una visión de conjunto”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 21, Madrid, 2017.
- BIRULÉS BERTRÁN, Josefina, “Las paradojas de la igualdad”, en *Estudios de derecho judicial*, No. 142, Madrid, 2007.
- BLUMSTEIN, Alfred y NAKAMURA, Kiminori, “Redemption in the Presence of Widespread Criminal Back Ground Checks”, *Criminology*, vol. 47. No. 2, Madrid, 2009.

- BOBBIO, Norberto, “La Revolución francesa y los derechos del hombre”, *Revista Foro*, No. 12, Bogotá, junio 1990.
- BOBBIO, Norberto, “Sul fondamento di diritti dell'uomo”, en *L'eta dei/diritti*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1990.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, Erns-Wolfgan, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en *id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. Requejo e I. Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 31ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2016.
- BONICK, Mathew y FARFÁN-VALLESPÍN, Antonio, “On the origin and consequences of racism”, in The Constitutional Economics Network Working Papers, 2, Belgrado, 2016.
- BORDA, Guillermo A, *Manual de Derecho Civil*, Parte General, Séptima edición, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.
- BOROWSKI, Martín, “La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales”, en *Revista Derecho del Estado*, No. 45, Bogotá, enero-abril 2020.
- BOTELLO PEÑALOZA, Héctor Alberto, “Determinantes de la discriminación racial en el mercado laboral en el Ecuador 2010-2012”, en *Equidad y Desarrollo*, No. 24, Quito, 2015.
- BOTERO-BERNAL, Andrés, “Matices a la interpretación tradicional de la exégesis”, en *Revista Jurídicas*, Vol. 9, No. 1, Santiago de Chile, 2012.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos Humanos (Garantías judiciales de los Derechos humanos en el Derecho Constitucional Comparado latinoamericano)*, Unidad Pedagógica y Unidad de Información y Servicio editorial, IIDH, Buenos Aires, 2005.

- BRINKTRINE, RALF, “*The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law: The British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of mittelbareDrittwirkung der Grundrechte*”, en *Revista European Human Rights Law Review*, Issue 4, Oxford, 2001.
- BURGOS SÁNCHEZ, Tamara Cecilia “El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la Constitución española y en normas laborales con referencia particular al sexo como razón de distinción”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 3, No. 6, Santiago de Chile, 2012.
- BUSTAMANTE DONAS, Javier, “La Sociedad de la Información. Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, en *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, No. 1, Oviedo, 2001.
- BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, “Hacia la igualdad sustancial: reflexiones a raíz de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Figueruelo Burrieza, Ángela et al. (coords.), *Igualdad ¿para qué?: A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, editorial Comares, Granada, 2007.
- CABALLERO OCHOA, José Luis y Marisol AGUILERA CONTRERAS, “Nuevas tendencias del derecho a la no discriminación a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en relación con México”, AA.VV., *Hacia una razón antidiscriminatoria. Estudios analíticos y normativos de la igualdad de trato*, GONZÁLEZ LUNA CORVERA, Teresa y Jesús, RODRÍGUEZ ZEPEDA (coord.), Sección III Derecho y no discriminación, Segob, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, RINDIS, México DF., 2014.
- CABANELLAS DE TORRE, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, nueva edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, editorial Heliasta S.R.L, Undécima edición, Buenos Aires, 1993.
- CABO MARTÍN, Carlos, *De la Crisis del Estado Social*, Ediciones Libros, Barcelona, 1986.

- CAJAS CÓRDOVA, Andrea Karolina, "Igualdad de género en la Constitución de 2008", en *FORO: Revista de Derecho*, No. 16, UASB-Ecuador / CEN, Quito, 2017.
- CALLE IDROVO, Rubén Fernando, *El mecanismo de tutela constitucional en las relaciones sociales: la acción de protección frente a particulares*, Primera Edición, editorial UniAcademia Leyer, Bogotá, 2015.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra, "Embarazo y nuevo seguro de personas", LÓPEZ DE LA CRUZ/OTERO CRESPO (coords.) /GARCÍA RUBIO/VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, Bonn, 1984.
- CÁNOVAS, Espín, "Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa", en *ADC*, La Rioja, 1963.
- CAPITANT, Henri, *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961.
- CARBONELL, Miguel "Nuevos tiempos para el constitucionalismo", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México -Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México DF., 2004.
- CARBONELL, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México-CNDH, México DF., 2007.
- CARBONELL, Miguel, *Igualdad y Constitución*, Cuadernos de la Igualdad, No. 1, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 3ra reimpresión, México DF., 2008.
- CARBONELL, Miguel, "Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales", Cevallos librería jurídica, Quito, junio 2010.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, tomo II, vol. I, editorial Bosh, Barcelona, 1960.

- CARMONA CUENCA, Encarnación, “El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Número S4. Madrid, abril-junio 1994.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, “El principio de igualdad material en la Constitución Europea”, en *Revista Foro Constitucional Iberoamericano*, No. 8, Madrid, 2004.
- CARRASCO DURÁN, Manuel, *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, en *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2002.
- CARRASCO HERRERO, María Teresa, “Comentario a la Sentencia de 20 de abril de 2011 (RJ 2011, 3596)”, en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 87/2011, editorial Civitas, westlaw BIB 2011/1662, Pamplona, 2011.
- CARRASCO PERERA, Ángel, “El principio de no discriminación por razón de sexo”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, No. 11-12, 1991.
- CARRILLO, Marc, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- CASSESE, Antonio, *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, S.A., Barcelona, 1991.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos del hombre*, editorial Reus, Madrid, 1976.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, No. 7, 2003.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, No. 12, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., enero-junio 2005.
- CASTIGLIONI, Carmelo, “La pérdida de chance y su aplicación en el derecho paraguayo”, en AA.VV., *Responsabilidad civil por daños y perjuicios*, División de Investigación, Legislación y Publicaciones Centro Internacional de Estudios Judicial, Asunción, 2008.

- CASTRO CASTRO, José Francisco, “Discriminación en las Relaciones Laborales. Algunos casos particulares”, en *Doctrina, estudios y comentarios*, No. 146, Santiago de Chile, junio, 2001.
- CASTRO RIERA, Carlos, “Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Agustín GRIJALVA JIMÉNEZ y Rubén MARTÍNEZ DALMAU Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- CASTRO, David, Luis HUESCA y Natalia ZAMARRÓN, “Discriminación salarial por género, en la industria manufacturera de la frontera norte de México, en el periodo 2005-2011”, en *Nóesis: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Vol. 24, No. 47, Chihuahua, 2015.
- CASTRO, José, “Discriminación en las relaciones laborales”, en *Boletín Dirección del trabajo*, No. 146, Madrid, 2001.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2004.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías*, Universidad católica de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- CENDRERO UCEDA, Luis Alejandro, “La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral”, *Tesis para optar al grado de Doctor*, Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen María, “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 50-51, Valencia, 2005.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen María, “Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Aproximación a la nueva regulación general de prohibición de tratamiento desigual en el Derecho alemán, en especial, su alcance en el ámbito civil”, en *Meritum – Belo Horizonte*, Vol. 3, No. 2, jul./dez, Belo Horizonte, 2008.
- CEVALLOS TEJADA, Francisco, *Educación y buen Vivir: Reflexiones sobre su construcción*, 1ra edición, Contrato social por la educación, Quito, 2012.

- CHANO REGAÑA, Lorena, "Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: Especial referencia a los derechos fundamentales", en *Revista Universitaria Europea* No. 23, Madrid, julio-diciembre 2015.
- CHAPPUIS CARDICH, Jacqueline, "La igualdad ante la ley", en THEMIS: Revista de Derecho, No. 29, Lima, 1994.
- CHÁVEZ, Gina y Juan MONTAÑA, *Gobernabilidad, Derecho y Democracia I, Constitución Para Servidores Públicos*, Colección Nuevo Estado, 1ra edición, editorial IAEN, Quito, 2011.
- CHIRIBOGA ZAMBRANO, Galo y Henan, SALGADO PESANTES, *Derechos Fundamentales en la Constitución ecuatoriana*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, ILDIS, Quito, noviembre 1995.
- CIENFUEGOS SALGADO, David, *Historia de los Derechos Humanos. Apuntes y textos históricos*, Comisión de Defensa de los Derechos Humanos, Guerrero, 2005.
- CLÉRICO, Laura, "Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales", en *Teoría y práctica de la Justicia Constitucional*, Claudia Escobar editora, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, serie Justicia y derechos humanos, Tomo 13, Quito, 2010.
- COBREROS MENDEZONA, Edorta, "Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 27, No. 81, Madrid, 2007.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo III, editorial Reus, Madrid, 1951.
- COLLINS, Hugh, "Discrimination, Equality and Social Inclusion", in *Modern Law Review*, vol. 66, París, 2003.
- CONNOLLY, Michael, *Discrimination Law*, Sweet & Maxwell, London, 2011.
- CONTARINO, Sivia, *Contratos civiles y comerciales, Ambito Contractual y Teoría General*, 1ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000.

- CORDERO HEREDIA, David; YÉPEZ PULLES, Nathaly, *Manual crítico de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales*, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Quito, 2015.
- COROMINAS, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3ra edición, 10^{ma} reimpresión, editorial Gredos, Madrid, 1973.
- CRENSHAW, Kimberlé, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, vol. 43, No. 6, London, 1991.
- CRENSHAW, Kimberly, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics" en WISBERG, D. Kelly, *Feminist Legal Theory. Foundations*, Pensilvania, 1993.
- CRESPO, Juan Manuel, "Del Sumak Kawsay al Buen vivir", en AA.VV, *Buen vivir como alternativa al desarrollo: una construcción interdisciplinaria y participativa*, UASB, Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina (CAN), Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Derechos fundamentales y derecho privado*, Academia Sevillana de Notariado, Madrid, 1988.
- CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción. Especialidades en los procesos de discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo*, WoltersKluwer Madrid, 2019.
- CUEVAS ROQUE, Elena García, "La Igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación", *Revista de Derecho de la UNED*, No. 16, Madrid, 2015.
- CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, "El Sistema de Garantías de los Derechos Humanos en Cuba", *Tesis en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias Jurídicas*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1999.
- DA CUNHA JÚNIOR, Dirley, *Curso de direito Constitucional*, 5ª edição, Editora Juspodium, Salvador- Bahia, 2011.
- DA GAMA, Guilherme Calmon N. y María F. CONCEIÇÃO DE LEITE, "El deber de no causar daño a otro desde la perspectiva de la reparación integral de la

- víctima”, en *Revista Internacional Consister de Dereito*, Año V, No. 8, Estocolmo, enero–junio 2019.
- DAMIANI, E., “L’autonomia privata”, en: AA.VV. *Il contratto nella società moderna, en Il contratto in generale*. Bessone (dir.). Casi e questioni di diritto privato, vol. XXI-I, Milano, 2002.
- DÁVALOS, Pablo, “El *Sumak Kawsay* (Buen vivir) y las censuras del desarrollo”, en *Boletín ICCI Ary-Rimay*, Año 10, No. 110, Quito, mayo 2008.
- DAVID NIETO, Fabio, “Discriminación y diferenciales de salarios en el mercado laboral”, en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 18, No. 34, Primer Semestre, Madrid, 2016.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985.
- DE CUPIS, Adriano, *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*, trad. de 2ª ed. italiana, editorial Bosch, Barcelona, 1975.
- DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, “El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 1, Alicante, 2006.
- DE FUENMAYOR, Amadeo, “Alcance del principio constitucional de igualdad”, en *Revista Humana Iura: suplemento de derechos humanos*, No. 2, Pamplona, 1992.
- DE LA MORANDLÉRE, Julliot, *La noción del orden Público en el Derecho privado*, Alberto HERNÁNDEZ MORA & Alberto GONZÁLEZ ORTIZ (Editor), Bogotá, 1956.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “*Contratos en general*”, en: *El Código Civil del Siglo XXI. (Perú y Argentina)*, coordinada por MUÑIZ ZICHES, Jorge; Atilio Aníbal ALTERINI, y Carlos Alberto SOTO, Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 2000.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Tomo I, Segunda Edición, Lima, 2001.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, “El desarrollo del derecho a la no discriminación en el sistema de derechos humanos de la Naciones Unidas”, AA.VV., *Derecho*

- a la no discriminación*, Carlos DE LA TORRE MARTÍNEZ (Coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2006.
- DE LOS MOZOS, José Luis, “*La autonomía privada: notas para una relectura del título de los contratos del Código Civil español*”, en Atilio Aníbal ALTERINI, José Luis DE LOS MOZOS, y Carlos Alberto SOTO, (dirs.), *Instituciones de Derecho Privado, Contratación contemporánea*, tomo I, Lima, 2000.
- DE MAGALHÃES E CARVALHO, Ana Sofía, “La discriminación por razón de la edad en el mercado laboral y el problema específico de las nuevas profesiones tecnológicamente dependientes (2015)”, en *Revista JURIS*, vol. 27, No. 2, Lima, 2017.
- DE PAZ COBO, Sonia, CARO CARRETERO, Raquel y LÓPEZ ZAFRA, Juan Manuel, “El principio de igualdad sexual en el Seguro de Salud. Análisis actuarial de su impacto y alcance”, *Cuadernos de la Fundación, Fundación MAPFRE*, Madrid, 2010.
- DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. Segundo, *Derecho de Obligaciones. Derecho De Familia. Derecho Hereditario*, editorial Reus, S. A, Madrid, 1929.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Derechos humanos, democracia y desarrollo, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad*, Bogotá, 2014.
- DE TRAZEGNIES, FERNANDO, *En el país de las colinas de arena*, vol. II, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.
- DE TRAZEGNÍES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, vol. IV, tomo II, 7ª ed., Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *“Drittwirkung der Grundrechte”*”, en *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 46, Lima, diciembre 1992.

- DE VEGA GARCÍA, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en *Revista Pensamiento Constitucional*, Año IX, No. 9, Madrid, 2004.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro, La eficacia horizontal de los derechos fundamentales: la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*, en *Reflexiones en torno a la libertad de empresa informativa: libro homenaje al profesor Pedro Farias García / coord. por Manuel Sevillano Puente; Pedro Farias García (hom.)*, editores la Universidad Complutense de Madrid, 2006.
- DEL CANTO RIVERA, Nicole, “Derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Entre la pesadilla y el noble sueño”, en *Estudios Constitucionales*, Año 17, No. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2019.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, Santiago de Chile, 2014.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “¿Pueden los particulares discriminar? Comentario de las sentencias en el asunto The Edge Social Club y The Piano Social Club”, en *Boletín de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 3, Lima, mayo 2005.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2015.
- Diccionario de la Lengua Española, editorial Everest, Madrid, 2005.
- Diccionario de la Lengua, Real Academia Española, editorial Espasa Calpe SA, 22 edición, tomo 1, Madrid, 2001.
- DIÉGUEZ OLIVA, Rocío, “La atribución del uso de la vivienda en situaciones de crisis familiar. Efectos derivados de la falta de titularidad sobre la misma”, en María Angeles LIÑÁN GARCÍA, María Soledad DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO (Coord.), *Mujeres y protección jurídica: una realidad controvertida*, Universidad de Málaga (UMA), 2008.

- DÍEGUEZ OLIVA, Rocío, “Quod nullum est, nullum effectum producit? la sanción de nulidad del art. 1259 CC”, en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, No. 1, 2006.
- DÍEZ GARGARI, Rodrigo, “Principio de Proporcionalidad, Colisión de principios y el Nuevo Discurso De La Suprema Corte”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 26, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF., enero-junio 2012.
- DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 5ª ed., editorial Tecnos, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 1ª Edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, fascículo IV, Madrid, octubre – diciembre 1993.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1º, “Introducción. Teoría del contrato”, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ PICAZO, Luis y Ponce de, LEÓN, “Contrato y Libertad contractual”, en *Revista de Derecho THEMIS*, No. 49, Lima, 1998.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María “Aproximación a la idea de los derechos fundamentales”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, No. 2, Lima, 2000.
- DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Segunda Edición, editorial Thomson Civitas, Madrid, 2005.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, Volumen Primero, editorial Civitas, Madrid, 2007.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 5, Santiago de Chile, julio- diciembre 2005.
- DOMÍNGUEZ MORALES, Ana, *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*, editorial Ediciones Cinca, Madrid, 2018.

- DURÁN RIBERA, Willman Ruperto, “La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional”, en *Ius et Praxis*, Vol. 8, No. 2, Universidad de Talca, 2002.
- DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo Antonio, “Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales en la Teoría de L. Ferrajoli”, en *Opinión Jurídica*, vol. 6, No. 12, Universidad de Medellín, julio-diciembre 2007.
- DÜRIG, Günter, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, en MAUNZ, Theodor (ed.), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Estiria, 1956.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Martha Gustavino, 2ª ed., Ariel S.A, Barcelona, 1989.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* trad. Claudia Ferrari, 2ª ed., Gedisa S.A, Barcelona, 1992.
- ELGUERO MERINO, José María, *El contrato de seguro*, Fundación MAPFRE Estudios, Majadahonda, Madrid, 2004.
- ELORZA GUERRERO, Fernando, “Despido y prueba de la discriminación indirecta por razón de sexo”, en *Temas Laborales*, No. 103, Sevilla, 2010.
- ELVIRA PERALES, Ascensión, “A vueltas con el derecho de asociación (Comentario a las Sentencias 133/ y 135/2006, ambas de 27 de abril)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 83, mayo-agosto 2008.
- ESCUDERO SOLIZ, Jhoel, “El Cambio de Cultura Jurídica en la Interpretación Constitucional”, en *Nuevas Instituciones Del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, AA.VV., Serie Investigación No. 14, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Quito, julio 2009.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, *et. al.*, *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, editorial Aranzadi, Primera edición, Madrid, 2012.
- ESPARZA REYES, Estefanía G, *El derecho fundamental a la igualdad como no subordinación: un planteamiento de interpretación constitucional*, Universidad de Castillas-La Mancha, Ciudad Real, 2012.

- ESPARZA REYES, Estefanía G y Francisco Javier, DÍAZ REVORIO, “Los mecanismos de lucha contra la discriminación: aportaciones para la configuración del Derecho antidiscriminatorio”, en UNED, *Revista de Derecho Político*, No. 105, Madrid, mayo-agosto 2019.
- ESPINOZA MINAS, Marcos Antonio y Doris del Pilar, GALLEGOS BARZOLA, “Discriminación laboral en el Ecuador”, en *Revista Espacios*, Volumen 39, No. 23, Caracas, 2018.
- ESPINOZA, Nereyda, “Estimación de la Brecha Salarial entre Hombres y Mujeres: Un Análisis por Cuantiles para el Ecuador”, en *Económicas Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL)*, 2-20, Quito, 2009.
- ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- FARALLI, Carla, “La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX”, en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 3, Roma, 2002.
- FARALLI, Carla, *La Filosofía del Derecho Contemporáneo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- FARINA, Juan Manuel, *Los contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.
- FARIÑAS DULCE, María José, *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*, Segunda Edición, editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- FASSÒ, Guido, *Historia de la filosofía del derecho 3, Siglos XIX y XX*, Vol. 3, 1ª ed., Pirámide S.A., Madrid, 1996.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Contratos internacionales: contratos celebrados por ordenador, autonomía de la voluntad, lex mercatoria*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Félix Varela, La Habana, 2005.
- FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Seguros de vida y discriminación sexual”, en *InDret* No. 4, Barcelona, 2004.

- FERNÁNDEZ, Eusebio, “Los derechos humanos y la historia”, en *Constitución y derechos fundamentales*, Jerónimo BETTEGO (Coord.), 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “Principios Constitucionales de Proporcionalidad y Justicia en Materia Tributaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27, No. 2, Santiago de Chile, 2000.
- FERNÁNDEZ FARRERES, German y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho de asociación. Comentario a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Editorial Civitas, Madrid, 2002
- FERNÁNDEZ, María, “Determinantes del diferencial salarial por género en Colombia 1997-2003”, en *Revista Desarrollo y Sociedad*, No. 58, Bogotá, 2006.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público común europeo*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ RUIZ- GÁLVEZ, María Encarnación, “Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. X, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, año 13, No. 39, Madrid, septiembre-diciembre 1993.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El supuesto de la denominada Autonomía de la Voluntad”, en *Contratación Contemporánea, Teoría general y principios*, Atilio Aníbal ALTERINI, y Carlos Alberto SOTO, editorial Temis, Bogotá, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, “Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, en *Revista internacional Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 20, Madrid, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, editorial Trotta, Madrid, 1999.

- FERRAJOLI, Luigi, Derechos fundamentales y garantía, Los fundamentos de los derechos fundamentales, editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en *Estudio sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli*, editorial Trotta, Madrid, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales*, No. 15, Madrid, julio–diciembre, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, “La igualdad y su garantía”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 13, 2009.
- FERRER ORTEGA, Luis Gabriel, *La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, Fascículo 5, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, México DF., 2015.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, *Ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, organizado por la Universidad de Yale sobre Derechos Fundamentales celebrado en Iquique, Connecticut, 7 al 10 de junio de 2001.
- FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- FIGUEROA BELLO, Aída, “Aproximaciones teóricas de la Igualdad en la normativa constitucional española”, en *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 26, México DF., enero-junio 2012.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. Cristóbal Orrego Sánchez, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2000.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México DF., 2000.
- FORTICH, Silvana, “*Solus consensus obligat*: principio general para el derecho privado de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, No. 23, julio-diciembre 2012.

- FLABIA STORINI, Claudia, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008", en *La nueva Constitución del Ecuador*, ed. por Agustín Grijalva Santiago Andrade, y Claudia Storini, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.
- FLUME, Werner, *El negocio jurídico, Parte General del Derecho Civil*, Tomo segundo, Cuarta Edición traducción de José María Miquel y Esther Gómez Calle, Madrid, 1998.
- FORSTHOFF, Ernst, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, Festschrift für Carl Schmitt, Duncker und Humblot, Berlín, 1959.
- FORTICH, Silvana, "Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos", en *Revista de Derecho Privado*, No.23, Bogotá, julio-diciembre 2012.
- FRAGUAS MADURGA, Lourdes, "El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos", en *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*. No. 21, Zaragoza, 2015.
- FREDMAN, Sandra, *The most serious rival for priority with equality is freedom or Liberty*, Princeton University Press, Philosophy & Public Affairs 31, No. 3, Nueva Jersey, 2003.
- FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law, Second Edition*, Oxford University Press, 2011.
- FREDMAN, Sandra, "Discrimination Law, Substantive equality revisited", en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, No. 3, London, 2016.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992.
- GALBÁN RODRÍGUEZ, Liuba, *Las funciones de los valores constitucionales en la argumentación de las sentencias en un debido proceso civil*, 1ª ed., Leyer, Bogotá, 2019.
- GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

- GALIANO MARITAN, Grisel, “El derecho a la vida como derecho fundamental en el marco constitucional ecuatoriano. Especial referencia al aborto, la eutanasia y la pena de muerte”, en *Revista Jurídica Piélagus*, Vol. 15, Neiva (Huila), Bogotá, julio-diciembre 2016.
- GALIANO MARITAN, Grisel y Deyli GONZÁLEZ MILIÁN, “La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del Derecho”, en *Díkaion: Revista de actualidad jurídica*, Vol. 21, No. 2, Cundinamarca, 2012.
- GALIANO MARITAN, Grisel y Gabriela, TAMAYO SANTANA, “Análisis Constitucional de los derechos personalísimos y su relación con los derechos del Buen Vivir en la Constitución de Ecuador”, en *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, Vol. 34, Bogotá, enero-junio 2018.
- GALIANO MARITAN, Grisel, “La interpretación del Derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: estudio doctrinal y legal”, en *Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Centroamericana*, No. 27, Managua, 2019.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “El principio de protección del trabajador en la constitución chilena”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, Santiago de Chile, 2013.
- GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel, “Los Derechos Humanos en el siglo XXI. Una mirada desde el pensamiento crítico, Primera Edición, editorial CLACSO, Buenos Aires 2019.
- GARCIA DE FANELLI, Ana, “Patrones de desigualdad social en la sociedad moderna: una revisión de la literatura sobre discriminación ocupacional y salarial por género”, en *Desarrollo Económico*, Vol. 29, No. 114, Buenos Aires, 1989.
- GARCÍA GARCÍA, Emilio, “Derechos humanos y calidad de vida”, en Graciano González. *Derechos Humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica*, editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1986.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Prueba y proceso laboral”, en *Derecho Privado y Constitución*, No. 4, Madrid, 1994.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, “La eficacia *inter privatos* (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales”, en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, “La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos: análisis del Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE”, en *Diario La Ley*, No. 6602, Barcelona, 2006.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, “Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, No. 21, Madrid, enero- diciembre 2007.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, “De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María (Coord.), *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: diagnóstico y perspectivas*, Ed. Atelier, Burgos, 2009.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, “La supuesta nulidad de los actos y negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo en el ámbito del Derecho civil y mercantil”, *NUL, Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos*, Madrid, 2009.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, “La discriminación por razón de sexo en la contratación privada”, en López De La Cruz/Otero Crespo (coords.)/García Rubio/Valpuesta Fernández (dirs.), *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, editorial Civitas, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA-SAN MIGUEL RODRÍGUEZ, Luis, “Qué son los derechos humanos”, en *Revista Derechos y Libertades*, Año 1, No. 2, Madrid, octubre- marzo 1993.

- GARGARELLA, Roberto y Christian CURTIS, “Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir Después De Montecristi”, en *Debates Sobre Cooperación y Modelos de Desarrollo. Perspectivas Desde la Sociedad Civil en el Ecuador*, Gabriela Weber, editorial Centro de Investigaciones Ciudad y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, Quito, 2011.
- GARGARELLA, Roberto “Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Vol. 27, No. 1, ICP, Montevideo, No.1 - ICP – Montevideo, 2018.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, *Derechos fundamentales y estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 2007.
- GARRIDO, María Isabel, *La igualdad en el contenido y la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, “Los planos de vigencia de la igualdad material en el contexto de una comprensión compleja de la igualdad, Derechos y libertades”, en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 13, No. 20, Madrid, 2009.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, en *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1994.
- GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, Napoli Edizioni scientifiche italiane, Roma, 2006.
- GENTILI, Aurelio, “Il principio di non discriminazione nei rapporti civil”, en *Riv. crit. dir. priv.*, Roma, 2000.
- GILL, Ayllen, “*Cargas probatorias dinámicas una solución ante la dificultad probatoria*”, en *IusNovum*, No. 3, Valparaíso, 2010.
- GIMÉNEZ COSTA, Ana, “El Principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el Marco Común de Referencia”, en *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Esteve Bosch Capdevila (dir.), editorial Bosch, Valencia, 2012.

- GIMÉNEZ COSTA, Ana, “La negativa a contratar por razón de género en el derecho privado”, en *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Carolina MESA MARRERO (Dir.) y María del Carmen GRAU PINEDA (coord.), editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2014.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, “Asociación, discriminación y constitución: Los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios y aspirantes a serlos a no ser discriminados”, en *Revista de Derecho Político* No. 79, Madrid, septiembre-diciembre, 2010.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “El fundamento de los derechos en la Constitución española. Espacial consideración al tratamiento de la igualdad y la igualdad de género”, en *Violencia de Género e Igualdad. Aspectos jurídicos y sociológicos*, editorial Universitas, Madrid, 2014.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *Diccionario Jurídico*, Fórum, Oviedo, 1996.
- GÓMEZ GORDILLO, Rafael, “Prohibición de discriminación e indemnización por finalización de los contratos de trabajo de duración determinada”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 56, Madrid, 2017.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, “Conocimiento cualificado y declaración del riesgo del asegurado. De nuevo sobre los elementos del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro comentario a la sentencia 30 de mayo 2018 (RJ 2018 2339)”, en *Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil*, No. 109, 2019.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, “Discriminación por Razón De Discapacidad En Los Seguros Privados De Asistencia Sanitaria”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, No. 8, Ciudad Real, 2013.
- GONZÁLEZ DÁVILA, Richard Honorio, “La constitucionalización del Derecho Privado y la acción de protección frente a particulares”, en *Revista de Derecho FORO: Derecho Constitucional*, No. 16, Quito, 2011.
- GONZÁLEZ LE SOUX, Marianne y Oscar, PARRA VERA, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del caso Apitz”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 47, San José, enero-junio de 2008.

- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Acciones positivas”, en *Dos temas torales para los Derechos Humanos: acciones positivas y justicia de los derechos sociales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México DF., 2008.
- GOUBINAT, Marine, “Les principes directeurs du droit des contrats”, *Droit*. Université Grenoble Alpes, Français, 2016.
- GRACIA NARANJO, María, “La Regulación de la Acción de Protección por medio de una Enmienda Constitucional”, en *Law Review, Revista del Colegio de Jurisprudencia*, Universidad San Francisco de Quito (USFQ), Año 2, Vol. 2, No. 1, Quito, 2015.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, editorial Distribuciones Fontamara, México D.F, 2001.
- GUDYNAS, Eduardo, “Desarrollo, Derechos de la naturaleza y Buen vivir después de Montecristi”, Centro de Investigaciones Ciudad y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, Quito, marzo 2011.
- GUERRERO, Patricio y Luis HERRERA MONTERO, *Por los senderos del yachak. Espiritualidad y sabiduría en la medicina andina*, 1ra edición, Abya-Yala, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 2011.
- GUILARTE MARTÍN CALERO, Cristina, “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera”, en *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre Discapacidad*, editorial Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- GUTIÉRREZ CÁRDENAS, Paola, *Desigualdad laboral en Ecuador*, editorial Pontificia Universidad Católica, Quito, 2011.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La igualdad natural de todos los hombres en el pensamiento jurídico romano de la época clásica”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XIV, Valparaíso, 1991.
- GUZMÁN ORDAZ, Raquel, “De la perspectiva de género al paradigma interseccional. Aportaciones para el análisis de las migraciones feminizadas”, en *Investigación y género. Avances en las distintas áreas del conocimiento*, VÁZQUEZ BERMÚDEZ, I. (coord.), Universidad de Sevilla, 2011.

- GREGOR GONZALO, Hidalgo Neuenschwander, “Estado Plurinacional de Bolivia, ¿Un aporte al neoconstitucionalismo latinoamericano o simple retórica?”, en AA.VV, *Revista de Estudios Constitucionales*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Internacional de Estudios Constitucionales de América -IIECA Sucre-Bolivia, 2018.
- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, “La Carta Magna Inglesa: Una Provocación para pensar las relaciones entre Constitución y Constitucionalismo”, en RFJ, No. 1, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.
- HÄBERLE, Peter, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania. Derechos y Libertades”, en *Revista del Instituto de Bartolomé*, No. 1, Barcelona, 1993.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, editorial Dykinson, Madrid, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, 4ª ed. Revisada, trad. Manuel JIMÉNEZ REDONDO, Taurus, Madrid, 1999.
- HALPERINI, Isacc, *Lecciones de Seguro*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.
- HANS, Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de la segunda edición en alemán, por VERNENGO, Roberto J., Universidad Nacional Autónoma de México DF., 1982.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió 1ª ed. inglesa, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998.
- HELLER, Hermann, *Las ideas socialistas*, Escritos Políticos (selección y prólogo de A. López Pina), editorial Alianza, Madrid, 1985.
- HEPPLER, Bob, *Equality, The new legal Framework*, Hart Publishin, Oxford and Portland, Oregon, 2014.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El ordenamiento jurídico y la idea de la justicia*, editorial Civitas, Madrid, 1980.

- HERNÁNDEZ LICONA, Gonzalo, “Escasez, exclusión y discriminación”, en *Nuevo rostro en el espejo: percepciones sobre la discriminación en México*, FUENTES, Mario Luis y SZÉKELY, Miguel (compiladores), Centro de Estudios Espinosa Iglesias, México DF., 2010.
- HERRANZ MUELAS, Cristina, “Género, inmigración y discriminación múltiple. Un enfoque interseccional de las políticas públicas españolas”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 32, 2015.
- HERRERA FLORES, Joaquín, “Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto”, Libros de la Catarata, Madrid, 2005.
- HERRERA FLORES, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, Editorial Atrapasueños, Andalucía, 2008.
- HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo, “La inversión de la carga de la prueba: ¿Manifestación del *in dubio pro operario*?”, en *Revista Thémis*, No. 18, 1991.
- HERRERO OVIEDO, Margarita, Marta OTERO CRESPO y Francisco INFANTE RUIZ, “Libertad. Violencia. No discriminación”, Judith SOLÉ RESINA; M.^a del Carmen GETE-ALONSO CALERA (dir.), en *Tratado de Derecho de la persona física*, Vol. 2, 2013.
- HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y Derecho Privado*, editorial Civitas, Madrid, 1995.
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en BENDA, Ernst. *et. al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed, editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.
- HESSELINK, Martijn, “Common Frame of reference and social justice”, *European Review Contract Law*, No. 3, editorial Gruyter, Berlín, 2008.
- HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, 1^a ed., Gedisa, Barcelona, 1992.
- HORBATH, Jorge E y Amalia GRACIA, “Discriminación laboral y vulnerabilidad de las mujeres frente a la crisis mundial en México”, en *Economía, Sociedad y Territorio*, Vol XIV, No. 45, México DF., 2014.

- HOUTART, Françoise, “El concepto del Sumak Kawsay (Buen Vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”, en *Ecuador Debate*, No. 84, Quito, 2010.
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, “El derecho a la igualdad: Su desarrollo en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”, *El derecho fundamental de igualdad*, MOSQUERA, Susana (coord.), Palestra, Lima, 2006.
- IMBERT, Pierre-Henri, “Los derechos humanos en la actualidad”, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, A. Pérez Luño (coord), Marcial Pons, Madrid, 1996.
- INFANTE RUIZ, Francisco Juan, “La protección contra la discriminación mediante el derecho privado. Recensión a Stefan Leible y Monika Schlachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier-European Law Publishers, München, 2006”, *InDret*, No. 2, Barcelona, 2008.
- INFANTE RUIZ, Francisco José “La prohibición de discriminar en el Derecho de Contratos y su desarrollo jurisprudencial”, en *Revista Arazandi de Derecho Patrimonial*, No. 30, Pamplona, enero-abril, 2013.
- INFANTE RUIZ, Francisco José, “Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado”, en *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Carolina Mesa Marrero y María del Carmen Grau Pineda (coord.), Madrid, 2014.
- INFANTE RUIZ, Francisco “La perspectiva de género en el nuevo derecho de los contratos. Luces y sombras del nuevo Derecho antidiscriminatorio”, en *Carmona III*, TORRES GARCÍA, Teodora (coordinadora), *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- INFANTE RUIZ, Francisco, “El Derecho en tiempos de crisis: Los derechos humanos frente a las estrategias de nuevo orden mundial”, en PRONER, Carol; Héctor OLASOLO, Carlos VILLÁN DURÁN, *et. al.*, (Coordinadores), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- Informe Estadístico, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Ecuador, septiembre de 2017.
- JAWANDO, Jubril Olayiwola, & ADENUGBA, Adebimpe, "Gender differences in the allocation of tasks and decent work in the food and beverage industry in Lagos, Nigeria", *Gender and Behaviour*, Vol. 15, No.1, Arequipa, 2017.
- JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2a. edición, Tübingen, 1905.
- JELLINEK, Georg, "Sistema dei diritti pubblici subbietivi"; *traduzione italiana riveduta dall'autore della seconda edizione tedesca con note dell'avv. Gaetano Vitagliano e prefazione del Prof. Vittorio Emmanuele Orlando*, Società Editrice Libreria, Milán, 1912.
- JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. Adolfo POSADA, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2000.
- JEREZ DELGADO, Carmen, *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- JESTAEDT, Matthias, "Diskriminierungsschutz und Privatautonomie", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, VVDStRL, Berlín, 2004.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 9, Madrid, 1983.
- JIMÉNEZ-ONTIVEROS, Emilio Vieira, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales: arbitraje y derecho a la tutela judicial efectiva", en *ADC*, tomo LXXII, *fasc. II*, La Rioja, 2019.
- KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del Derecho*, 1ª ed., trad. G. Lizarraga, editorial de Victoriano Suárez, Madrid, 1873.
- KAUFMAN, Gustavo Karel, "Dignos inter pares. Un análisis Comparado del derecho antidiscriminatorio", Madrid, 2010.

- KAUFMANN, Arthur, "El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él", trad. Alejandra GUARDIA CLAUSI, en *Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Renato RABBI-BALDI CABANILLAS (coord.), editorial Ábaco, Buenos Aires, 2000.
- KHEDAYÁN, Eugenia, "La carga de la prueba de la discriminación laboral en el derecho argentino y la influencia de la jurisprudencia española", en *Revista Trabajo y Seguridad Social*, No. 4, Madrid, 2011.
- KOPPELMAN, Andrew, "¿Should Noncommercial Associations Have an Absolute Right to Discriminate?", in *Law and Contemporary Problems*, No. 67, Carolina del Norte, 2004.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; Agustín LUNA SERRANO y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *Parte General del Derecho Civil, Elementos del Derecho Civil I*, Vol. III, editorial Bosch, Barcelona, 1984.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2009.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 2ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- LANAS MEDINA, Elisa, "Las pruebas en demandas laborales por discriminación", en *Revista Foro*, No. 14, Quito, 2019.
- LANDA ARROYO, César, *Constitución y fuentes del Derecho*, editorial Palestra, Lima, 2006.
- LAPORTA, Francisco Javier, "El principio de igualdad. Introducción a su análisis", en *Revista Sistema*, No. 67, Madrid, julio 1985.
- LAPORTA, Francisco, "Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero", en *Revista internacional Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 4, Alicante, 1987.
- LAPORTA, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Revista internacional Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 4, Alicante, 1987.

- LARENZ, Kart, *Derecho Civil Parte General*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.
- LARROUMET, Christian, *Teoría General del Contrato*, Volumen I, editorial Temis, S.A, Santa Fe de Bogotá, 1993.
- LAURRANI, Elena, “Antecedentes penales”, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 8, Madrid, 2015.
- LEE BACHI, Carol, *The Politics of affirmative Action, Women, Equality and Category Politics*, Sage Publications, Londres, 1996.
- LEISNER, Walter, *Grundrechte und Privatrecht*, C. H. Beck, Munich, 1960.
- LEYVA SAAVEDRA, José, “Autonomía Privada y Contrato”, en *Revista Oficial del Poder Judicial*, Año 4 - 5, No. 6 y 7, Lima, 2010-2011.
- LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, “Private Discrimination: A Prioritarian, Desert-Accommodating Account”, in *San Diego Law Review*, No. 43, 2006.
- LIZAMA, Luis y José Luis UGARTE, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1998.
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo II, Quinta Edición, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973.
- LLÁSAG FERNÁNDEZ, Raúl, “Movimiento indígena del Ecuador a partir del siglo XX: visibilizando el resurgir, sus avances y retrocesos”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Bonaventura de Sousa Santos, Boaventura y Agustín Grijalva Jiménez (editores), 1ª ed, Ediciones Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, No. 67, Medellín, 2005.
- LÓPEZ CABANA, Alterini, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, “La protección constitucional de la familia”, en *Lex Social: Revista de los derechos sociales*, Vol. 2, No. 1, 2012.

- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos, Parte General*, tomo I, 4ª ed., Editor Zavalía, Buenos Aires, 1997.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge, *Los Contratos. Parte General*, 2da Edición, Tomo I, editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M, “Estado Social y Sujeto Privado: Una Reflexión Finisecular”, en Quaderni Fiorentini, *per la storia del pensiero giuridico modeno*, No. 25, 1996.
- LÓPEZ, Ángel M, “Diversidad, feminismo y principio de igualdad”, en LÓPEZ DE LA CRUZ/OTERO CRESPO (coords.), *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Tomo I, Editorial Rubizal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “Discriminación múltiple: El estado de cuestión y algunas reflexiones”, en *AequAlitaS*, No. 41, La Coruña, 2017.
- LOZANO ALARCÓN, Vivian A, “La evolución de los Derechos Humanos: El proceso de positivación”, en *Revista Derecho del Estado*, No. 16, Bogotá, junio 2004.
- MACHETE, Rui, “Los principios estructurales de la Constitución y la revisión constitucional en Portugal”, en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, No. 60-61, Madrid, abril-septiembre 1988.
- MAKKONEN, Timo, “*Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*”, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Finlandia occidental, 2002.
- Manual de Derechos Humanos, Normativa Jurídica y VIH. Sistema de Protección de Derechos Humanos de las Personas Afectadas por el VIH en Ecuador, Quito, febrero 2015.
- MARÍN CASTÁN, María Luisa, “Constitucionalismo, justicia constitucional y crisis del positivismo jurídico”, *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006.

- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, “Los derechos fundamentales como valores”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No.10, Madrid, 2006-2007.
- MARTÍN, Jean–Clément, *La Revolución Francesa. Una nueva historia*, editorial crítica, Barcelona, 2013.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Consideraciones sobre el principio pro operario”, en *Revista Ius et Veritas*, vol. 3, No. 5, Lima, 1992.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 23, No. 68, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 23, Puebla, 2009.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis, “El artículo 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales”, en *Revista de las Cortes Generales*, No. 40, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ, Esperanza y Alberto ACOSTA, Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible”, en *Revista Direito e Práx.*, Vol. 08, N. 4, Rio de Janeiro, 2017.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*, editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, “Dignidad, universalidad y derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 22, enero de 2005.
- MEJÍA VIEDMAN, Sergio y Luis LIZAMA PORTAL, *Reformas Laborales. Su contenido e impacto en la empresa*, 1ª ed., Cono Sur, Santiago de Chile, 2001.
- MELICH-ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, Caracas, editorial Jurídica Venezolana, 2ª Edición, 1993.
- MELO CEVALLOS, Mario, “Los Derechos Indígenas en la Nueva Constitución”, en *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, PABLO AGUILAR, Juan, *et. al.*, Serie Investigación No. 14, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Quito, julio 2009.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail, “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en *Revista Pensamiento Constitucional*, Año XI, No. 11, Lima, 2005.

- MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1952.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y Comercial*, tomo II, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, 1979.
- MESTRE MESTRE, Ruth, “La ciudadanía de las mujeres: El espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política”, en *Anales de la Cátedra Juan Francisco Suárez*, 45, Madrid, 2011.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “La Doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos”, en UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 20, Madrid, 2007.
- MILLÁN PUELLES, Antonio, *Persona humana y justicia social*, Rialp, Madrid, 1962.
- MOISÁ, Benjamín, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, editorial Zavalía, Buenos Aires, 2005.
- MONTAÑO GALARZA, César y Claudia STORINI, “Buen vivir: una nueva forma de ser, hacer y pensar, en AA.VV., *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, editores académicos Liliana Estupiñán Achury, et. al., Universidad Libre, Bogotá, 2019.
- MONTAÑA PINTO, Juan, “La Constitución como fuente directa del derecho”, en *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Perspectiva comparada*, Nuevo Derecho Ecuatoriano No. 2, Corte Constitucional para el periodo de transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, octubre 2012.
- MONTERO AROCA, Juan y María Pía, CALDERÓN CUADRADO, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, 34ª Edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo y Yolanda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental*, en Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Igualdad de Mujeres y Hombres. editorial Aranzadi, S.A.U., Navarra, septiembre 2007.
- MORA SIFUENTES, Francisco M, “La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 150, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., septiembre-diciembre 2017.

- MORAL, José y SEGOVIA, María Petra, “Discriminación en mujeres que viven con VIH/SIDA”, en *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, vol. 2, No. 2, Madrid, julio 2011.
- MORÁN NAVARRO, Sergio Arnoldo y Ma. Antonia ABUNDIS ROSALES, “El Derecho Humano a la igualdad en la Constitución mexicana, Algunas consideraciones”, en *Revista de Ciencia Jurídica*, Año 5, No. 10, Departamento de Derecho, División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato, 2016.
- MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo, “Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civil”, en *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Morozzo della roCCA (coord.), Napoli, 2002.
- MUÑOZ CATALÁN, Elisa, “La mujer romana como modelo familiar en el siglo XXI”, en *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, No. 57, Madrid, 2019.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo, “La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercantil” en: MONTOYA MELGAR, Alfredo (dir.)/ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda (coord.), *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando, “No a "separados pero iguales" en Chile: Un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia”, en *Estudios constitucionales*, Vol. 11, No. 2, Santiago de Chile, 2013.
- MUÑOZ, Roberto, *Derecho del Trabajo*, tomo 2, Porrúa S.A., México DF., 1983.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones particulares*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- NAVARRETTA, Emanuela, “Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato”, en *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, No. 27, Bogotá, julio-diciembre 2014.
- NAVAS NAVARRO, Susana, “El principio de no discriminación en el Derecho Contractual Europeo”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fasc. III, Santiago de Chile, 2008.
- NAVAS NAVARRO, Susana, “Uso y tenencia de los bienes por las mujeres Aplicación de las ‘acciones positivas’ en el Derecho privado)”, en *El*

- levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, LÓPEZ DE LA CRUZ, OTERO CRESPO (coords.), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- NEUNER, Jorg, "Protection against Discrimination in European Contract Law", in *ERCL*, No. 1, Augsburg, 2006.
- NIELSEN, Ruth, "Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet?", in *European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London-New York, 2008.
- NINO, Carlos Santiago, "El concepto de derechos humanos" en *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.
- NIPPERDEY, Hans Carl, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", en Bettermann, H. C. et. al., *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, T. IV, 2, Duncker & Humblot, Berlín, 1962.
- NIPPERDEY, Hans Carl, "Grundrechte und Privatrecht", en *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1962.
- NIVARRA, Di Luca; Ricciuto VINCENZO y Claudio SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", en *Ius et Praxis*, Vol. 11, No. 2, Universidad de Talca, 2005.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El derecho a la igualdad ante la Ley, no discriminación y acciones positivas", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* Sección: Estudios Año 13, No. 2, Santiago de Chile, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al tribunal constitucional chileno", en Carbonell, Miguel (coordinador), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2010.

- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales. Perspectiva Constitucional reciente”, en *Lan Harremanak*, No. 25, Vizcaya, 2012.
- O’CALLAGHAN, Xavier, “Interpretación de los contratos”, En Xavier O’Callaghan, *Compendio de Derecho Civil*, tomo II.- Obligaciones y contratos, vol. 1º. editorial EDERSA, Madrid, 2001.
- OLLERO, Andrés. “La crisis del positivismo jurídico (paradojas teóricas de una rutina práctica)”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones*, Madrid, 1993.
- ORGAZ, Alfredo, *El Daño Resarcible. Actos Ilícitos*, 3ª ed. Depalma, Buenos Aires, 1967.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, editorial Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, editorial Temis S.A, Santa Fé de Bogotá, 1994.
- OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales. Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica*, Manuais Universitarios, No. 2, Universidad de Santiago de Compostela, 2ª reimpresión, Galicia, 2004.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, editorial Ariel, Barcelona, 2001.
- OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Fundación Andrade & Asociados, Fondo editorial, 2da ed., Quito, 2006.
- PACHECO, Máximo, *Teoría del Derecho*, 4ª ed., editorial Nomos S. A., Bogotá, 1993.
- PACHOT, Karel, “A propósito del carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales: Una mirada desde la doctrina comparada y la experiencia del ordenamiento jurídico cubano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2010.

- PAGER, Devah, "The mark of a criminal record", *The American Journal of Sociology*, vol.108, N°.5, Illinois, 2003.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa "La indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato", en Sixto Sánchez Lorenzo (coord.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transaccional*, Vol. 2, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2016.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, "La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento", en Sixto Sánchez Lorenzo (coord.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transaccional*, Vol. 2, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2016.
- PALOMAR VEEA, Cristina, "Discriminación, diferencia e identidades. El género una razón antidiscriminatoria", AA.VV., Teresa GONZÁLEZ LUNA CORVERA y Jesús, RODRÍGUEZ ZEPEDA, (coord.), *Hacia una razón antidiscriminatoria. Estudios analíticos y normativos de la igualdad de trato*, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, RINDIS, México DF., 2014.
- PARCERO CRUZ, Juan Antonio, "Concepto de derechos", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco Verónica (Editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2015.
- PAREDES PAREDES, Felipe Ignacio, "La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: una propuesta en clave democrática", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, No. 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, abril, 2015.
- PAREJA ROSALES DE CONRAD, María Teresa, *El Defensor del Pueblo: Un estudio con especial referencia al Ecuador*, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2004.
- PARELLA RUBIO, Sonia, "El trasvase de desigualdades de clase y etnia entre mujeres: los servicios de proximidad", en *Papers, Revista de Sociología*, Vol. 60, Barcelona, 2000.
- PARRA DUSSAN, Carlos, "Estatutos antidiscriminación y su desarrollo en Colombia", en *Revista de Derecho*, número 27, Bogotá, julio, 2007.

- PARRA, Regis, *El Neoconstitucionalismo en Ecuador*, Dirección de Publicaciones, Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, Dirección de Publicaciones Científicas Riobamba, Ecuador, 2019.
- PAZMIÑO FREIRE, Patricio, “La acción extraordinaria de protección”, en *Umbral: Revista de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional, No. 3, CEDEC, Quito, enero-junio 2013.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos fundamentales. I Teoría General*, 1ª ed., Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, en *Revista internacional Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 15 y 16, Alicante, 1994.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio, *Textos Básicos sobre derechos humanos*, editorial Aranzadi, Madrid, 1998.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, 1ª edición, 1ª reimpresión, Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Las Garantías de los derechos*, Universidad Carlos III, Madrid, 1999.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, editorial Trotta, Madrid, 1997.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Tórculo Edicións, Santiago de Compostela, 2003.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “¿Quo vadis Derecho de Contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código Civil cubano” (*A propósito de los veinte años del Código Civil cubano*), en Leonardo PÉREZ GALLARDO (coord.), *et. al.*, El derecho de Contratos en los umbrales del siglo XXI memorias de las Jornadas Internacionales de Derecho de Contratos celebradas en la Habana, en el periodo 2001-2007, MP Editora, Sao Paulo, 2007.

- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B, “De la autonomía de la voluntad y sus límites”, en AA.VV., *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (Coord.), Félix Varela, La Habana, 1999.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio y Daniel GONZÁLEZ LAGIER, “Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin”, en *Filosofía del Derecho*, Alicante, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “*Dimensiones de la igualdad material*, en Anuario de Derechos Humanos”, No. 3, Santiago de Chile, 1985.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Concepto y concepción de los derechos humanos. Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta”, en *Revista internacional Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 4, Alicante, 1987.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Sobre la igualdad en la Constitución Española”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid, 1987.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “El concepto de los derechos humanos y su problemática actual”, *Derechos y Libertades*, Año 1, No. 01, Madrid, 1993.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “La universalidad de los derechos humanos”, en AA.VV., *Diccionario crítico de los derechos humanos*, Universidad Internacional de la Rábida, Huelva, 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, 2ª ed., editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Las Generaciones de Derechos Humanos”, *Revista Direitos Emergentes nasociedade global (REDESG)*, Volumen 2, No. 1, Río Grande, jan/jun 2013.

- PÉREZ PORTILLA, Karla, "Acciones positivas", en *Anuario 2003 de la Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Carbonell, Miguel (coord), editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2003.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, "Principio de igualdad: alcance y perspectivas", *Instituto de Investigaciones Jurídicas, en Serie Estudios Jurídicos*, No. 74, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México DF., 2005.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, "Más allá de la igualdad formal: dignidad humana y combate a la desventaja", en *Biblioteca jurídica virtual*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México México DF., 2010.
- PÉREZ SÁNCHEZ, María Cristina, *Crisis del principio de generalidad y del formalismo jurídico: JJ Rousseau, I Kant y la perspectiva teórica del institucionalismo jurídico en Maurice Hauriou*, Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid, 2005.
- PÉREZ, Edward Jesús, *La igualdad y no discriminación en el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Primera Edición, México DF., 2006.
- PERLINGIERI, Pietro – DONISI, Carmine, "Autonomia negoziale e autonomia contrattuale", en PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005.
- PICÓ I JUNOY, Joan, "La protección del derecho a la prueba en el proceso penal", en *Relación Jurídica Civil*, No. 4, Madrid, 1993.
- PICKER, Eduard, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht en: Egon LORENZ, (ed.) *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht*, Frankfurt, 2004.
- PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht II*, Heidelberg, Müller Verlag, 1998.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, editorial Trotta, Madrid, 2007.
- PIZZORUSSO, Alessandro, "Las generaciones de derechos", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 5, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

- PORRET GELABERT, Miquel, “La discriminación laboral y la gestión de la diversidad de los recursos humanos”, en *Revista Técnico Laboral*, vol. 32, No. 126, Madrid, 2010.
- POZO MOREIRA, Francisco Javier, *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación, la cláusula abierta de no discriminación del artículo 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Andavira Editora S.L, Santiago de Compostela, 2012.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre los derechos fundamentales*, editorial Debate, Madrid, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios constitucionales*, No. 22, Madrid, septiembre-diciembre 1995.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, editorial Trotta, Madrid, 2007.
- PUNIDO MARTINS, Thiago, “Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 32, Bogotá, enero–junio 2017.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil, Doctrina General del Contrato*, editorial Bosch, Casa editorial S.A, Tomo II, Volumen I, Barcelona, 1973.
- PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil, Volumen II*. editorial Bosch, Barcelona, 1987.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, editorial Civitas, Madrid, 1981.
- QUESADA SEGURA, Rosa, “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los

- Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, ISSN 1137-5868, No. Extra 3, Madrid, 2007.
- QUINTERO MOSQUERA, Diana Patricia, “O todos en la cama o todos en el suelo: Del derecho a la igualdad al respeto de la diferencia”, Publicado por la Defensoría del Pueblo, en el marco del proyecto Red de Promotores de Derechos Humanos, Bogotá, 2001.
- RABOSI, Eduardo, “Derechos Humanos: el principio de la igualdad y la no discriminación” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 7, Madrid, septiembre-diciembre 1990.
- RABOSI, Eduardo, *Derechos Humanos: El Principio de Igualdad y la Discriminación*, Centro de Estudios Institucionales, Buenos Aires, 1990.
- RAWLS, Jonh, *Teoría de la Justicia*, Cuarta reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México DF., 1971.
- REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho. Preliminares históricos y sistemáticos*, trad. Juan Antonio SARDINA-PÁRAMO, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1973.
- RECASENS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, Ciudad de México, 1963.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1995.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea o España. El caso de la minoría gitana”, en *Revista de Derecho Político*, No. 57, Madrid, 2003.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Colección Miradas 1 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación Fernando Rey Martínez, México DF, 2005.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 84, Madrid, septiembre-diciembre 2008.

- REY MARTÍNEZ, Fernando y David, GIMÉNEZ GLUCK, *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectiva*, Fundación Ideas, Madrid, 2010.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Breve análisis del Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, en *Revista Pensamiento y Cultura Gitanos*, No. 57, Madrid, marzo 2011.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, Granada, 2011.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el ordenamiento español”, en Sandra CAMACHO CLAVIJO, Alejandra DE LAMA AYMÁ (coord.) y Susana NAVAS NAVARRO (dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2012.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación: De 1978 a 2018”, en *Revista de Derecho Político*, No. 100, Madrid, septiembre-diciembre 2017.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio*, 1ª ed., editorial Arazandi, Madrid, 2019.
- REYES LÓPEZ, María José, “El principio de igualdad de trato en las relaciones contractuales”, en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 73, 2010.
- RIDAURA MARTÍNEZ, Mª Josefa, “El Principio y Derecho Fundamental a la Igualdad y la Prohibición de discriminación”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, No. 31, Madrid, 2017.
- RIDAURA MARTÍNEZ, Mª Josefa, “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del tribunal constitucional español”, en Mª Josefa RIDAURA MARTÍNEZ y Mariano J. AZNAR GÓMEZ (Coords.), *Discriminación vs. Diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- RIQUELME SALDIVIA, Kirian Sevastián, “Igualdad y personas con discapacidad: retos para la protección efectiva a nivel internacional”, en *Cuestiones de Interés Jurídico*, Valencia, septiembre 2018.

- RIVERA SANTIBÁÑEZ, José Antonio, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, editorial Kipus, Cochabamba, 2007.
- RIVERA, Jairo, “Teoría y práctica de la discriminación en el mercado laboral ecuatoriano (2007-2012)”, en *Analítika Revista de análisis estadístico*, No. 5, Quito, 2013.
- ROBLES, GREGORIO, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, editorial Civitas, Madrid, 1997.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, María Luisa, “Régimen jurídico-administrativo del Derecho de Admisión en establecimientos públicos. Especial referencia al caso Andaluz”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, No. 36, 2010.
- ROCA TRÍAS, Encarna, “Principi d’igualtat i discriminacions per raó de sexe”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, No. 2, 1988.
- RODRÍGUEZ-CANO, Bercovitz, “Principio de igualdad y derecho privado”, en *Anuario de Derecho Civil*, No 2, Santiago de Chile, 1990.
- RODRÍGUEZ CANOTILHO, Mariana, *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, editorial Arazandi, Madrid, 2017.
- RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo, *Metodología jurídica*, 7ª ed., Oxford, University Press, México DF., 2006.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Christian, “Origen y tratamiento constitucional del principio de proporcionalidad en Colombia”, en *Revista Jurídica Mario Alario D’ Filippo*, Vol. IX, No. 18, Bogotá, 2017.
- RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, editorial Dykinson, 2da edición, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, Royo, Luis, “La discriminación por razón de edad: perspectivas internacionales”, en *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, HUECHUAN, Sara (editora), CEPAL, Buenos Aires, 2012.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, “Prolegómenos de una teoría política de igualdad de trato”, AA.VV., GONZÁLEZ LUNA CORVERA, Teresa y RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús

- (Coord), *Hacia una razón discriminatoria. Estudios analíticos y normativos sobre la igualdad de trato*, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, RINDIS, México DF., 2014.
- RODRÍGUEZ, Jorge, *Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales*, Buenos Aires, 2007.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, editorial Tecnos, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, en *Revista de Relaciones Laborales*, No. 13, Madrid, 1996.
- ROGEL VIDE, Carlos, *Origen y actualidad de los derechos de la personalidad*, IUS, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*, No. 20, Puebla, 2007.
- ROMERO, Carmen, “Enmarañadxs en las sexualidades (reflexiones para tiempos de crisis)”, en *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, PLATERO, Raquel (ed.), Edicions Bellaterra, Barcelona, 2012.
- ROSENFELD, Michel, *Affirmative Action Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, Florida, 1991.
- ROSSILLIO, Claude, “La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, ISSN 0120-3886, No. 76, Medellín, 1987.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, editorial Marc-Michel Rey, París, 1762.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, Ediciones *elaleph*. com, Madrid, 1999.
- RUBIO LLORENTE, Francisco “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *Revista española de Derecho constitucional*, Año 11, No. 31, Madrid, 1991.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, editorial Ariel, Derecho, Madrid, 1995.

- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Vol. III, 3ra Edición, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- RUFFERT, Matthias, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, JusPubl 74, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- RUIPÉREZ, Javier, "Sobre la eficacia de los derechos fundamentales: de la libertad natural a la *Drittwirkung der Grundrechte*", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universida de da Coruña*, No. 4, La Coruña, 2004.
- RUIZ CARBONEL, Ricardo, "El principio de igualdad entre mujeres y hombres. Del ámbito público al ámbito jurídico familiar", *Tesis presentada para la obtención del título "Doctor en Derecho"*, Universidad de Murcia, 2009.
- RUIZ GUZMÁN, Alfredo; Pamela Juliana AGUIRRE CASTRO y Dayana Fernanda ÁVILA BENAVIDEZ, *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional (Periodo noviembre de 2012-noviembre de 2015)*, Jurisprudencia constitucional No. 7, Corte Constitucional del Ecuador, Secretaría Técnica Jurisdiccional, Quito, 2016.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La discriminación inversa y el caso Kalanke.", en *Revista internacional Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 19, Alicante, 1996.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Sobre el concepto de igualdad", en Miguel Carbonell, (Comp), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México DF., 2003.
- SABA, Robert, "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?" en Roberto, Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- SABA, Roberto Pablo, "Igualdad de trato entre particulares", en *Lecciones y Ensayos*, No. 89, Buenos Aires, 2011.

- SALGADO, Judith, *Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador*, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores), *la nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.
- SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María, “La discriminación múltiple como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación”, en *Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional*, Lima, 2015.
- SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María, “El concepto discriminación estructural y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Trabajo Fin de Máster, Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, 2016-2017.
- SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María, “La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural”, en *Pensamiento Constitucional*, No. 22, Lima, 2017.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y FERRER I RIBA, Josep, “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- SAMPAIO ROSSI, Amelia, “Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: o estreitamento das fronteiras conceituais e a necessidade de um diálogo entre a órbita jurídica interna e internacional”, en *Revista Opinión Jurídica*, No. 18, Vol. 37, Medellín, julio-diciembre 2019.
- SÁNCHEZ CÁRDENAS, Alejandro Diego, “Apuntes sobre la responsabilidad internacional de los Estados y discriminación indirecta contra la mujer frente a la omisión de garantizar la práctica del aborto en los casos legalmente permitidos”, en *Via Iuris*, No. 28, Arequipa, 2020.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, “Generaciones de derechos y evolución del Estado”, Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ (coord.), *Los derechos humanos en Europa*, UNED, Madrid, 2001.

- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Carlos, “Nociones básicas sobre la igualdad y la no discriminación”, en *Fundamentos de la Armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, Tomo I, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, SEGOB, México DF., 2013.
- SÁNCHEZ RUBIO, Aquilina, “Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXI, Madrid, 2003.
- SAN SEGUNDO, Inmaculada Llorente, “La prohibición de discriminación en el acceso a la vivienda residencial”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, No. 02, Editorial Reus, Madrid, 2017.
- SANTIAGO NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, segunda edición ampliada y revisada, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989.
- SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed. ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- SAPAG, Mariano A, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado”, en *Revista Díkaion*, Vol. 22, No. 17, Universidad de la Sabana Cundinamarca, diciembre 2008.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael, “Jueces, Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares”, *Tesis para obtener el grado de Doctor*, Universidad de la Rioja, Biblioteca Universitaria, La Rioja, 2008.
- SARMIENTO CRISTANCHO, Daniel Ricardo; Sindy Viviana MEDINA VELANDÍA y Rodrigo Alberto PLAZAS ESTEPA, “Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios”, en *Revista Vlel*, vol. 12, No. 2, Bogotá, julio-diciembre 2017.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario, “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en *Discriminación vs. Diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Mª Josefa RIDAURA MARTÍNEZ y Mariano J. AZNAR GÓMEZ (Coords.), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- SCHIEK, Dagmar, *Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Bade, 2000.
- SCHIEK, Dagmar, “Kommentierung zu artículo 21 AGG”, in SCHIEK, Dagmar (ed.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Sellier European Law Publishers, München, 2007.
- SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Negozió giuridico e autonomia privata*, en AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, (Congreso de los civilistas italianos, Venezia, 23–26 junio 1988), Padova, 1991.
- SECO MARTÍNEZ, José María, “De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones Previas y problemas a revisar”, en *Revista Derechos y Libertades*, No. 36, Época II, Madrid, enero 2017.
- SERRANO HOYO, Gregorio, *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Comares, Granada, 1997.
- SHEPPARD, Colleen, *Social and structural sources of inequality at work: Insights from the Canadian experience*, Estudio preparado para el informe “La hora de la igualdad en el trabajo”, Ginebra, 2002.
- SIERRA VILLAÉCIJA, Alberto y SANTIAGO HIDALGO, José F., *La discriminación laboral en la doctrina judicial social*, editorial Jurídica Sepín, Madrid, 2017.
- SILVA PORTERO, Carolina. “*Las garantías de los derechos, ¿inversión o reconstrucción?*” *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ramiro Ávila Santamaría (editor), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- SILVA PORTERO, Carolina, “Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian COURTIS Y RAMIRO ÁVILA SANTA MARÍA (editores), Serie de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
- SILVA MÉNDEZ, Jorge Luis, “La discriminación laboral: Análisis de las propuestas contenidas en la iniciativa de Reforma a la Ley Federal del Trabajo”, *Cuestiones Constitucionales*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 23, México DF., julio- diciembre 2010.

- SIMÓN CAMPAÑA, Farith Ricardo, “La Familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución Del 2008”, en la Constitución Ciudadana, Compilador Diego Pérez, editorial Taurus, Quito, 2009.
- SIMON CAMPAÑA, Farith Ricardo, “La noción derechos fundamentales en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional)”, en *Revista Iuris dictio*, Año 10. Vol. 13, Quito, 2010.
- SIMON CAMPAÑA; Farith, “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano”, en *Iuris Dictio* Revista Periódica del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Vol. 9, No. 13, Quito, 2010.
- SIMON, Farith, “La naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana: la construcción de una categoría de interculturalidad”, en AA.VV., *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, editores académicos, Liliana Estupiñan Achury, et. al., Universidad Libre, Bogotá, 2019.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Sobre el origen de los derechos humanos”, en *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, Año 1, No. 1, México DF., 2006.
- SOBERANES DÍEZ, José María, “La igualdad y la desigualdad jurídicas”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 25, editorial Porrúa, México DF., julio-diciembre 2011.
- SOBERANES DÍEZ, José María, “*La igualdad ante la jurisprudencia*”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 29, México DF., julio-diciembre 2013.
- SOBERANES DÍEZ, José María, *La evolución del principio de igualdad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- SOLÉ, Carlota, “Discriminación y derechos humanos ¿Qué entendemos por discriminación y cuáles son sus principales ámbitos de expresión?”, en

Derechos Humanos y discriminación ¿Nuevos o continuos retos?, editorial Alberdania, Madrid, 2000.

SOLÍS GARCÍA, Bertha, “Evolución de los derechos humanos”, en *El estado laico y los derechos humanos en México: 1810-2010*, Margarita MORENO BONETT y Rosa María ÁLVAREZ DE LARA, (Coordinadoras), Tomo I, Serie Doctrina Jurídica, No. 632, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, No. 71, nueva época, Madrid, enero-marzo 1991.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José, “Los derechos fundamentales en la Constitución española”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 105, Madrid, julio- septiembre 1999.

SORO RUSSEL, Olivier, *El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Reus S.A, Madrid, 2016.

SOSA SALAZAR, Edinson Guillermo; Luis Johao CAMPOVERDE NIVICELA y Melina Estefanía SÁNCHEZ CUENCA, “Los principios de titularidad, exigibilidad e igualdad y no discriminación como principios de aplicación de los derechos en el Estado ecuatoriano”, en *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 11, No. 5, Quito, octubre-diciembre 2019.

SOTILLO ANTEZANA, Aquiles Ricardo, “La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista Ciencia y Cultura*, Universidad Católica Bolivariana, No. 35, La Paz, diciembre 2015.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”, en *Vniversitas*, No. 106, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, diciembre 2003.

SPOTA, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Volumen I, editorial Depalma, Buenos Aires, 1974.

SQUELLA, Agustín, “Derechos humanos y Derecho positivo”, en *Derechos y Libertades*, Año 1, No. 01, Madrid, 1993.

- STERN, Klaus, “El sistema de derechos fundamentales en la República Federal Alemana”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 1, Madrid, septiembre-diciembre 1988.
- STOFFELS, Ruth Abril, “El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo (TEDH – Sentencia de 25.07.2012, B. S. contra España, 47159/08 – arts. 3 y 14 CEDH – tratos inhumanos o degradantes –prohibición de discriminación – deber de investigar en profundidad alegaciones de malos tratos de la policía)”, en *Revista de Derecho comunitario europeo*, No. 44, Madrid, enero/abril 2013.
- STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud, “*Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, Singapur, 2008.
- STORINI, Claudia Flavia y Marco NAVAS ALVEAR, *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social*, en *Nuevo Derecho Ecuatoriano*, No.3, Corte Constitucional de Ecuador, Primera Edición, Quito, 2013.
- SUÁREZ-RODRÍGUEZ, José Julián, “Derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales”, en *Revista Díkaion*, Vol. 25, No. 2, Universidad de La Sabana, Cundinamarca, 2016.
- SUÁREZ-RODRÍGUEZ, José Julián, “Sobre el problema del fundamento de los derechos fundamentales: una propuesta alternativa”, en *Díkaion*, Vol. 25, No. 1, Cundinamarca, junio, 2016.
- THUROW, Lester, *Inversión en Capital Humano*, editorial Trillas, México DF., 1998.
- THÜSING, Gregor, *Arbeitsrechtlicher Antidiskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote*, Verlag C. H. Beck, München, 2007.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, “Los seguros de personas”, en OLIVENCIA, Manuel/ FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos, JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael (dirs.)/ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (coord.), *Tratado de derecho mercantil*, Tomo. XLVI, Vol. 3, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.

- TOLE MARTÍNEZ, Julián, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, en *Cuestiones Constitucionales*, No.15, México DF., julio-diciembre 2006.
- TOMEI, Manuela, “Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, Ginebra, 2003.
- TORO-ALFONSO, José, “El estado actual sobre discriminación por orientación sexual”, en *Terapia Psicológica*, Vol. 30, No. 2, Arecibo, 2012.
- TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 14ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
- TORRES FALCÓ, Marta, “Género y discriminación”, en *Revista El Cotidiano*, No. 134, Ciudad de México, noviembre-diciembre 2005.
- TORRES GARCÍA, Teodora, *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado Carmona III*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- TRUJILLO, Julio César, *Derecho del Trabajo*, tomo I, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1986.
- TRUJILLO, Julio César “Plurinacionalidad y Constitución”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Sousa Santos, Boaventura y Agustín Grijalva Jiménez (editores), 1ª ed, Ediciones Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, editorial Tecnos, Madrid, 1984.
- TÜNNERMANN BERNHEIM, Carlos, *Los derechos humanos: evolución histórica y reto educativo*, 2ª ed., UNESCO, Caracas, 1997.
- USCANGA BARRADAS, Abril y LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares: el amparo en México y la acción de tutela en Colombia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 61, No. 256, México DF., 2011.

- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “La relación jurídica civil. Concepto y contenido”, en VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (coordinadora), *Derecho Civil. Parte General*, Primera Edición, editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, en *Revista IUS*, Vol. 4, No. 26, Puebla, julio 2010.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, La protección constitucional de la familia, en *FORO, Revista de Derecho*, No. 5, UASB-Ecuador, CEN, Quito, 2006.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *Comentarios a la Ley para igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, “La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico*, No. 1, Madrid, 2007.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, “Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 63, No. 3, Madrid, 2010.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, “El impulso de las mujeres en la transformación del Derecho de familia”, en LÓPEZ DE LA CRUZ/OTERO CRESPO (coords.), *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VAQUER ALOY, Antoni, “El concepto de daño en el derecho comunitario”, en AA.VV, *Estudios de derecho de obligaciones, homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, Madrid, 2006.
- VARELA DÍAZ, Santiago, “La idea del deber constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4, Madrid, enero-abril 1982.
- VÁZQUEZ PASTOR- JIMÉNEZ, Lucía, “El préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda. Una cuestión de riesgos”, en *Actualidad Civil*, No. 13, Madrid, 2011.
- VÁZQUEZ PASTOR- JIMÉNEZ, Lucía, “La discriminación en el ejercicio de la patria potestad”, en LÓPEZ DE LA CRUZ/OTERO CRESPO (coords.), *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- VÁZQUEZ PASTOR- JIMÉNEZ, Lucía, “El transexualismo primario y su contemplación legal en el ordenamiento jurídico español”, en Sandra CAMACHO CLAVIJO, Alejandra DE LAMA AYMÁ (coord.) y Susana NAVAS NAVARRO (dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2012.
- VÁZQUEZ PASTOR- JIMÉNEZ, Lucía, “El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos”, en Boletín del Ministerio de Justicia, Año 73, No. 2221, 2019.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, tomo 1, 8ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- VELASCO PORTERO, María Teresa y GUTIÉRREZ GARCÍA, Elena, “Discriminación por razón de edad *versus* fomento del empleo. Comentario a la STJCE de 22 de noviembre de 2005, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, No. 67, Madrid, 2006.
- VELGA COPO, Abel y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert “Discriminación por razón de sexo y prima del contrato de seguro. Análisis críticos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 1 de marzo de 2001, en el asunto C-236/09”, en *RIS*, No. 34 , Vol. 20, Luxemburgo, 2011.
- VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado, Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad*, prólogo de R. de Asís, editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- VERA ROJAS, Patricia, *La discriminación en los procesos de selección de personal*, 1ª ed., editorial de la OIT, Ginebra, 2006.
- VERDUGO, Miguel Ángel, *et. al., Definiciones sobre discapacidad en España, un análisis de la normativa y la legislación más relevante*, Servicios de la Información sobre la discapacidad (SID), Madrid, 2011.
- VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, *Derecho laboral cubano. Teoría y legislación*, Félix Varela, La Habana, 2001.

- VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Ágora-Revista de Ciencias Sociales*, No. 13, 2005.
- VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, “Un análisis de la propuesta de reforma constitucional en Venezuela en 2007”, en “AA. VV., Políticas económicas y sociales y desarrollo humano local en América Latina. El caso de Venezuela”, *Cuadernos de trabajo HEGOA*, No. 44, Bilbao, marzo 2008.
- VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 25, Puebla, 2010.
- VIDAL MARÍN, Tomás, “El derecho de asociación”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, No. 2, 1998.
- VIOLA, Francisco y Guiseppe ZACCARÍA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, trad. 4ª ed. italiana, Instituto de Derechos Humanos Universidad Carlos III, Madrid, 2008.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *IUS, Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25, 2010.
- VILLACÍS, Andrea y Marcos REIS, “Análisis de la vulnerabilidad laboral y los determinantes del trabajo decente. El caso de Ecuador 2002-2011”, en *Revista de Economía del Rosario*, Vol. 18, No. 2, Bogotá, 2016.
- VILLACÍS, Byron y Daniela CARILLO, *Estadística Demográfica en el Ecuador Diagnóstico y Propuestas*, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), Quito, 2011.
- VILLAGÓMEZ, María Sol y Rogerio CUNHA DE CAMPOS, “Buen vivir y educación para la práctica de la interculturalidad en el Ecuador. Otras prácticas pedagógicas son necesarias”, en *Alteridad. Revista de Educación*, Vol. 9, No. 1, Cuenca, enero-junio 2014.

- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “La discriminación por orientación sexual”, Discriminación por razón de edad y sexo, en CRESPO GARRIDO, María y MORETÓN SANZ, María Fernanda (directoras), *Retos pendientes del estado social*, Editores Constitución y Leyes, Madrid, 2010.
- VILLAREAL, Roberto, *Medidas cautelares: Garantías constitucionales en el Ecuador*, 1ª edición, editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2010.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Los derechos fundamentales en la historia. Una aproximación a su origen y fundamento en Estado constitucional”, AA.VV, *Derechos humanos, Justicia y Vida universitaria, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, FIX- FIERRO, Héctor, (Coords), Tomo V, Vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF., 2015.
- VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, “La justicia constitucional ecuatoriana en la Constitución de 2008”, en *Revista Iuris Dictio*, Vol. 8, No. 12, Quito, 2009.
- VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano”, en *Iuris Dictio* (Revista Periódica del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito), Vol. 9, No. 13, Quito, 2010.
- VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime, “La Constitución Económica del Ecuador”, en *Iuris dictio*, Año 16, Vol.17, Quito, febrero- julio 2015.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada, *La dignidad de las personas con discapacidad*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011.
- VIZCAÍNO LÓPEZ, María Teresa (Coord.), *Introducción al Estudio del Derecho*, Ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, 2009.
- VON BAR, Christian, Eric, CLIVE y Hans, SCHULTE-NÖLKE, *et al.*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Sellier, Munich, 2009.
- VON MÜNCH, Igno, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, trad. de M. Díaz y D. Felip, en Salvador Coderch, P. *et al.*, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, editorial Civitas, Madrid, 1997.

- WANJTRAUB, Javier H., *La protección jurídica del consumidor*, Lexis Nexis y Depalma, Buenos Aires, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, 5ta edición, trad. de Marina Gascón, editorial Trotta, Madrid, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces Constitucionales”, en Miguel CARBONELL, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- ZAVALA EGAS, Jorge, *Derecho constitucional*, Tomo II, editorial Edino, Quito, 2002.
- ZILIANI, Estefanía, “La acción afirmativa en el Derecho norteamericano”, en *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Ambrosio L. Gioja*, Año V, Buenos Aires, 2011.
- ZORRILLA, Rubén H., “La Revolución Francesa”, en *Revista Libertas*, No. 14, Ciudad de México, mayo 1991.
- ZOPPINI, Andrea, “Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza”, en *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008.
- ZÚÑIGA PADILLA, Luis Fernando, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en la jurisprudencia mexicana”, en *Revista del instituto de la Judicatura Federal*, No. 28, México DF., 2009.

I. LEGISLACIONES

Normas Internacionales

- Carta Constitucional, Aprobada por la Cámara de los Pares y la Cámara de los Diputados, 4 de junio al 22 de julio de 1814, París.
- Estatuto Albertino, Aprobado por el Parlamento, 4 de marzo de 1848, Turín.
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, del 19 de junio al 22 de julio de 1946, Nueva York.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, Aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 217 A (III), 10 diciembre 1948, París.

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, de 21 de diciembre de 1965, Ginebra.

Declaración de derechos o carta de derechos, "*Bill of Rights*", Aprobado por Parlamento Inglés, 1689, París.

Declaración de Derechos de Virginia, Aprobado por la Convención de Delegados de Virginia, 12 de junio de 1776, Washington.

Declaración de Independencia, Aprobada por el Congreso Continental, 4 de julio de 1776, Filadelfia.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, 26 de agosto de 1789, París.

Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, Aprobado por la Asamblea Legislativa, 5 de septiembre de 1791, París.

Declaración de Derechos de los pueblos laboriosos y explotados, Aprobada por el Comité Ejecutivo Central, 3 de enero de 1918, San Petersburgo.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada por la IX Conferencia internacional americana, 30 de abril de 1948, Bogotá.

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y la Recomendación No. 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores, 1961.

Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV), Ginebra, 11 de diciembre de 1969.

Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 (Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.76.IV.7, y corrección), Estambul, 3 a 14 de junio de 1976).

Declaración S-26/2 de compromiso en la lucha contra el VIH-SIDA, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 27 de junio del 2001, Berna.

Declaración y el Programa de Acción de Durban, adoptados por consenso en la Conferencia Mundial contra el Racismo, 2001, Durban.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, sesión No. 61, 13 de septiembre de 2007, Nueva York.

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania o Grundgesetz, Aprobada por el Consejo Parlamentario, 8 de mayo de 1949, Bonn.

Ley No. 16.011, Acción de Amparo, Aprobada por la Asamblea General, publicada por el D.O. 29 de diciembre/988 - No. 22776, Montevideo.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Aprobada por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), 9 de diciembre de 1948, New York.

Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, Aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 14 de diciembre de 1960, París.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965, Berna.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, Aprobada en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, San José.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979, Berna.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1984, New York.

Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989, Ginebra.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém do Pará, Aprobada por la Organización de Estados Americanos, 1994, Do Pará.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, Aprobada por la Organización de Estados Americanos, firmada por Ecuador el 8 de junio de 1999 y ratificada el 1 de marzo de 2004, Ciudad de Guatemala.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 13 de diciembre 2006, Nueva York.

Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, Aprobado por la Organización de Estado Americanos, 15 de junio de 2015, Washington.

Tratado de Ámsterdam, modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos, Aprobado por los Estados miembros de la Unión Europea, 2 de octubre de 1997, Países Bajos.

Tratado de Lisboa, modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Aprobado por los Estados miembros de la Unión Europea, 13 de diciembre de 2007, Lisboa.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Versión Consolidada, Diario oficial de la Unión Europea, C/326/49, Aprobado por los Estados miembros de la Unión Europea, 26 de octubre de 2010, Países Bajos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, New York.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, New York.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, Aprobado por la Asamblea General, 17 de noviembre de 1988, San Salvador.

Resolución 45/158, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1990, Ginebra.

Resolución 68/237, Decenio Internacional para los Afrodescendientes 2015-2024, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 2015, Berna.

Recomendación General 34, Aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial CERD, 79º periodo de sesiones de la Organización de las Naciones Unidas, 8 de agosto a 2 de septiembre de 2011.

Convenio No. 100 de la OIT sobre la igualdad de remuneración, Aprobado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 6 de junio de 1951, Berna.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Aprobado por el Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950, Roma.

Convenio No. 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), Aprobado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, Aceptado en 1958, ratificado por Ecuador el 10 de julio de 1962, Berna.

Convenio No. 169, relativo a pueblos indígenas y tribales, Aprobado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989, Berna.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, Aprobado por el Consejo de Europa, 4 de noviembre de 2000, Roma.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Habitad II), Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Estambul, 3 a 14 de junio de 1996.

Carta Internacional de Derechos Humanos, Aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 26 de junio de 1945, San Francisco.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, 7 de diciembre de 2000, París.

Directrices Mixtas OIT/OMS sobre los Servicios de Salud y el VIH-SIDA, Aprobado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 2005, Berna.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, Aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2 de julio de 2009, Ginebra.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 34. Discriminación racial contra afrodescendientes. 79° periodo de sesiones, 2011.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Recomendación general No. 30, 56° periodo de sesiones de la Organización de Naciones Unidas, 1 de noviembre de 2013.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General No. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. 61° periodo de sesiones, 2015.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General No. 3. Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. 2016, párr. 17.

Consejo de Europa, Carta Social Europea, Ministro de Asuntos Exteriores, Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, BOE número 153, 26 de junio de 1980, Madrid.

Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 3 de diciembre de 1982 en su Resolución No. 37/52 (inciso c–definiciones 6-7-8), Ciudad de Guatemala.

Observación General No. 3, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Organización de las Naciones Unidas, 25 de noviembre de 2016.

Informe de país, Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 34, Aprobado por la Organización de Estados Americanos, 28 junio 2007, Sucre.

Opinión Consultiva OC-24/17 sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Aprobado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 noviembre 2017, San José.

Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por la República del Ecuador.

Normas Comunitarias

Carta Magna, 15 de junio de 1215, Londres.

Constitución francesa, redactada por la Convención Nacional y aprobada, 24 de junio de 1793.

Constitución de Bélgica, Aprobada por el Congreso, 7 de febrero de 1831.

Constitución de Frankfurt, conocida con el nombre oficial de la Constitución del Imperio Alemán, Aprobada por el Parlamento de Fráncfort, 27 de marzo de 1849, Hesse.

Constitución del Estado Prusiano, Aprobado por la Asamblea Nacional, 31 de enero de 1850, Weimar.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Aprobada por el Congreso Constituyente, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917, Ciudad de México.

Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia (RSFSR), Adoptada por el Congreso de los Soviets, 10 de julio de 1918, San Petersburgo.

Constitución alemana de Weimar, Aprobada por la Asamblea Constituyente, 14 de agosto de 1919.

Constitución de la República de Cuba, Ley No. 1, Aprobada por la Convención Constituyente, Camagüey, 10 de octubre de 1940.

Constitución de la República italiana, Aprobada por la Asamblea Constituyente, 22 de diciembre de 1947.

Constitución Política de la República de Nicaragua, Aprobada por la Asamblea Nacional, 21 de enero de 1948.

Constitución Política de la República de Costa Rica, Aprobada por la Asamblea Legislativa, 7 de noviembre de 1949.

Constitución francesa, Adoptada por referéndum, 4 de octubre de 1958.

Constitución de la República Oriental del Uruguay, Aprobada por la Asamblea General, 15 de febrero de 1967.

Constitución francesa, Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, 14 de septiembre de 1971, París.

Constitución Política de la República de Panamá de 1972, Reformada por los Actos Reformatorios de 1978, el Acto Constitucional de 1983 y los Actos Legislativos de 1994, Aprobada por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, 11 de octubre de 1972.

Constitución portuguesa, Adoptada por la Asamblea Constituyente, 2 de abril de 1976, Lisboa.

Constitución Española, Aprobado por el Congreso de los Diputados y del Senado, 31 de octubre de 1978, Madrid.

Constitución Política de la República de Chile, Aprobada por la Junta de Gobierno, Promulgado por Decreto Supremo No. 1.150 del Ministerio del Interior, 21 de octubre de 1980.

Constitución de la República de Honduras, Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, Decreto No. 131, 11 de enero de 1982.

Constitución de la República de El Salvador, Aprobada por la Asamblea Constituyente, 15 de diciembre de 1983.

Constitución Política de la República de Guatemala, Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Constitución Política de Colombia, Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, 6 de julio de 1991.

Constitución de la República de Paraguay, Aprobada por la Convención Nacional Constituyente, 20 de junio de 1992.

Constitución Política del Perú, Aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, 29 de diciembre de 1993.

Constitución de la Nación Argentina, Aprobada por el Congreso General Constituyente, 24 de agosto de 1994.

Constitución federal de la Confederación Suiza, Aprobada por la Asamblea Federal, 18 de abril de 1999, Berna.

Constitución de la República bolivariana de Venezuela, Aprobada por la Asamblea Constituyente, 30 de diciembre de 1999.

Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia, Aprobada por la Asamblea Constituyente, 7 de febrero de 2009.

Constitución Política de la República Dominicana, Aprobada por la Asamblea Nacional, 26 de enero de 2010.

Ley Estatal Fundamental austriaca sobre Derechos Generales de los Ciudadanos, Aprobado por el Consejo Imperial, 21 de diciembre de 1867.

Ley No. 50/1980 del Contrato de Seguro en España de fecha 8 de octubre (BOE núm. 250, de fecha 17 de octubre de 1980).

Ley No. 23.592 "Penalización de Actos Discriminatorios", Buenos Aires, 3 de agosto de 1988, Boletín Oficial, 5 de setiembre de 1988.

Ley No. 18.933, Ley de Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES), Aprobada por la Junta de Gobierno de la República de Chile, Boletín No. 1007-11, de 12 de febrero de 1990.

Ley No. 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, Publicado en BOCM, No. 159, de 07 de julio de 1997 (BOE núm. 98 de 24 de abril de 1998).

Ley No. 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, Aprobada por el Parlamento español (BOE número 7), 8 de enero de 2000, Madrid.

Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, 31 de diciembre de 2003), Madrid.

Ley No. 4/2003, de 26 de febrero, de la Generalitat, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos, Publicado en DOCV, No. 4454 de 06 de marzo de 2003 (BOE núm. 81 de 04 de abril de 2003).

Ley No. 26/2011 de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Aprobada por el Parlamento español, (BOE núm. 184), 1ro de agosto 2011, Madrid.

Ley No. 4/1995, de 10 de noviembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas. Publicado en BOPV, No. 230, de 01 de diciembre de 1995 (BOE núm. 23, de 27 de enero de 2012).

Ley Orgánica No. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica No. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Aprobada por el Parlamento español, (BOE núm. 313), 28 de diciembre de 2004, Madrid.

Ley Orgánica No. 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Aprobada por el Parlamento español (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007) Madrid.

Ley Belga de 21 de diciembre de 2007, Aprobada por el Parlamento Federal de Bélgica, Bruselas.

Ley de Hábeas Corpus, Aprobada por el Parlamento de Inglaterra, 27 de mayo 1679, Londres.

Ley de Procedimiento No. 62 de 2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social, Aprobada por el Parlamento español, (BOE núm. 313), 31 de diciembre de 2003, Madrid.

Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación, aprobada por la Cámara de Diputados de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003.

Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil, Traducción Dr. Albert Lamarca Marquès, editorial Marcial Pons, 2013.

Código Civil de Alemania (en alemán Bürgerliches Gesetzbuch o BGB), Aprobado por el Parlamento del Reich, Berlín, 1 de enero de 1900.

Código Civil de México, oficialmente el *Código Civil Federal*, Aprobado por la Cámara de diputado, Ciudad de México, 31 de agosto de 1928.

Código Civil español, Aprobado por la Cámara de diputado, Madrid, 24 de julio de 1889.

Código Civil francés, conocido como Código Napoleónico, Aprobado por el Parlamento de París, Viena, 21 de marzo de 1804.

Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), Aprobado por la Corte Suprema, Buenos Aires, 7 de octubre de 2014.

Código de Trabajo de la República de Chile, Aprobado por el Congreso Nacional, Santiago de Chile, 1994.

Decreto No. 10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, Publicado en BOJA, No. 36 de 21 de febrero de 2003.

Declaración de Derechos Humanos de Estados Unidos, Aprobada por el Congreso, 25 de septiembre de 1789.

Real Decreto No. 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (BOE núm. 267, de 6 de noviembre de 1982).

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

Real Decreto No. 1361/2007, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, en materia de supervisión del reaseguro, y de desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en materia de factores actuariales (BOE núm. 254, de fecha 23 de octubre de 2007).

Real Decreto Legislativo 1/2013, Aprobada por el Parlamento español, 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289) de 3 de diciembre de 2013, Madrid.

Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación 121/000130, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Aprobada por el Parlamento español, Congreso de los Diputados, IX legislatura, 10 de junio 2011, Madrid.

Agencia Europea de Derechos Fundamentales y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Segunda Edición, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2018, París.

Directiva 76/207/CEE del Consejo de la Unión Europea relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, 9 de febrero de 1976.

Directiva 97/80/CE del Consejo de la Unión Europea relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, 15 de diciembre de 1997.

Directiva 97/80/CE del parlamento europeo y del Consejo de la Unión Europea relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de género, 15 de diciembre de 1997.

Directiva 2000/43/CE del Consejo de la Unión Europea, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de 27 de noviembre de 2000.

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, 23 de septiembre de 2002.

Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOL 158, 30 de abril de 2004.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, 5 de Julio de 2006.

Directiva del Consejo de la Unión Europea 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, 13 de diciembre de 2004.

Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, de fecha 20 enero 2007.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) o ley general de tratamiento igualitario, en vigor desde el 18 de agosto de 2006, modificada por el artículo 8 de la Ley de 2 de diciembre de 2006 (BGBl. I, 2742) y por la Ley de 12 de diciembre de 2007 (BGBl. I, 2742).

Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual {SEC(2008) 2180}{SEC(2008) 2181.}

Anteproyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Normas Nacionales

Constitución Política de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 000, Registro Oficial No. 1, Aprobada por la Asamblea Constituyente, 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, Aprobada por la Asamblea Constituyente, 20 de octubre de 2008.

Ley de Derechos y Amparo al Paciente, Ley 77 Registro Oficial Suplemento 626, Aprobada por la Asamblea Nacional, 03 de febrero de 1995, Ecuador.

Ley de Amparo laboral de la mujer, Aprobada por la Asamblea Nacional, 6 de febrero de 1997, Quito.

Ley General de Seguros de Ecuador, Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional, de fecha 3 de abril de 1988, Registro Oficial No. 290, 3 de abril del año 1998.

Ley No. 11 para la prevención y asistencia integral del VIH/SIDA, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial 58, 14 de abril del 2000, Quito.

Ley No. 55 Registro Oficial, Suplemento 465, Aprobada por la Asamblea Nacional, Ley de Seguridad Social, 30 de noviembre de 2001, modificada por última vez el 31 de marzo de 2011, Quito.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008, Quito.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, Quito.

Ley Orgánica de Educación Intercultural, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial No. 417, 14 de enero de 2011, Quito.

Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial 444 de 10 de mayo de 2011, última modificación 12 de septiembre de 2014, Quito.

Ley Orgánica de Discapacidades, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial No. 796, 25 de septiembre del 2012, Quito.

Ley de Comunicación de 2013, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013, última modificación el 20 de febrero de 2019, Quito.

Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, Aprobada por la Asamblea Nacional publicada en el Registro Oficial No. 684, Segundo Suplemento de 4 de febrero de 2016, Quito.

Ley del Anciano, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial No. 376, de 13 de octubre de 2006, última modificación: 29 de abril del 2016, Quito.

Ley Orgánica de la Cultura, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 913, 30 de diciembre de 2016, Ecuador.

Ley Orgánica de Movilidad Humana, Aprobada por la Asamblea Nacional, 6 de febrero de 2017, Registro oficial No. 938, última modificación 23 de octubre de 2018, Quito.

Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público, Aprobada por la Asamblea Nacional, publicada en el R.O. 78 Primer Suplemento de 13 de septiembre de 2017, Quito.

Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 175, de 5 de febrero de 2018, Quito.

Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores, Aprobado por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 484, de 9 de mayo de 2019, Quito.

Código Civil, Aprobado por la Asamblea Nacional del Ecuador, Guayaquil, 21 de noviembre de 1855.

Código de la Niñez y la Adolescencia en Ecuador, Ley 100, Registro Oficial 737, de fecha 3 de enero de 2003, última modificación, 7 de julio de 2014, Quito..

Código del Trabajo de Ecuador, Aprobado por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005, modificada por última vez el 26 de septiembre de 2012, Quito.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Aprobado por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010, Quito.

Código Orgánico Integral Penal, Aprobada por la Asamblea Nacional, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 3 de abril del 2014, Quito.

Código Orgánico, Monetario y Financiero, , Aprobado por la Asamblea Nacional publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332, 12 de septiembre de 2014, Quito.

Código Orgánico General de Procesos, Aprobado por la Asamblea Nacional publicado en el Suplemento del Registro Oficial, Año 2, No. 506, 12 de mayo de 2015, Quito.

Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, Aprobada por la Asamblea Nacional, publicado en el Registro Oficial 19, Suplemento de 21 de junio de 2017, Quito.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Ley 0, Aprobada por la Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento 351 de 20 de diciembre de 2010, última modificación: 21 de agosto de 2018, Quito.

Decreto Ejecutivo No. 1182 de 2012, Reglamento para la aplicación en Ecuador del Derecho de Refugio, de fecha 19 de julio de 2012.

Decreto No. 60, Plan plurinacional para eliminar la discriminación racial y la exclusión étnica y cultural 2009-2012 aprobado por el Presidente de la República, 28 de septiembre del 2009, Quito.

Acuerdo Ministerial No. 398 sobre discriminación laboral por VIH/SIDA, Registro Oficial 322 de 27 de julio de 2006, G. Chiriboga Zambrano Ministro de Trabajo y Empleo, Quito.

Acuerdo Ministerial No. 82 sobre la Normativa para la erradicación de la discriminación en el ámbito laboral, L. Berrezueta Carrión Ministro de Trabajo, Registro Oficial No. 16, 16 de junio de 2017, Quito.

Acuerdo Ministerial No. 000242, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, A. Terrán Parral Ministro, Registro Oficial 332, 16 de agosto de 2018, Quito.

Acuerdo Ministerial No. 000244, Ministerio de relaciones Exteriores y Movilidad Humana, A. Terrán Parral Ministro, Registro Oficial 332, de 21 de septiembre de 2018, Quito.

Acuerdo Ministerial No. 000001, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, A. Terrán Parral Ministro, Registro Oficial 414, 25 de enero de 2019, Quito.

Acuerdo Interministerial No.0000002, Ministerio de relaciones Exteriores y Movilidad Humana, A. Terrán Parral Ministro, Registro Oficial No.436, 26 de febrero de 2019, Quito.

Circular No. INIF-DNIF1-SAIFQ3-2011-028, Superintendencia de Bancos y Seguros, 28 de junio de 2011, Quito.

Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género 2014-2017, Consejo Nacional de Igualdad de Género, Comisión de Transición para la definición de la Institucionalidad Pública que garantice la igualdad entre hombres y mujeres, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, abril del 2014, Quito.

Agenda Nacional para la Igualdad de las Mujeres y Personas LGBTI 2018-2021, Quito, 2018.

Agenda para la igualdad de derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas, pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio 2019 – 2021, Aprobado por el Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y nacionalidades, septiembre de 2019, Quito.

Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional 2017-2021, Quito, 2017.

Plan Nacional de Erradicación de la Violencia Intrafamiliar y de Género, hacia la Niñez, Adolescencia y Mujeres, Aprobado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, Primera edición, 2015, Quito.

Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, Toda una Vida, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – Senplades, 2017, Quito.

Plan de Igualdad de Oportunidades 2018-2021, Aprobado por el Consejo Nacional para la Igualdad de Género, Pasaje Donoso N32-33, 2018, Quito.

Superintendencia de Bancos y Seguros, República de Ecuador, circular No. INIF-DNIF1-SAIFQ3-2011-028, Quito, D.M., 28 de junio de 2011.

Ecuador y el sistema de protección de derechos humanos de la ONU: Sistematización de Recomendaciones 2008 – 2012, Tercera Edición revisada de 1000 ejemplares, Artes Gráficas Señal Impreseñal Cía. Ltda, Quito, 2012.

II. JURISPRUDENCIA

Supranacional

JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia 6833/74, caso MARCKX vs. Bélgica, de 13 de junio de 1978.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de abril de 2001, asunto Thlimmenos contra Grecia.

Tribunal de Justicia Europeo, Sentencia C-2/1992, de 7 de julio de 1992 (Bostock); y STJCE, 201-202/85, de 25 de noviembre de 1986 (Klensch).

Tribunal de Justicia Europeo, Eckhard Kalanke Vs. Freie Hansestadt Bremen, C-450/93, 17 de octubre de 1995.

Tribunal de Justicia Europeo, en Sentencia de 11 de noviembre de 1997. Sentencia Marschall del Tribunal Europeo de Justicia de 11 de noviembre de 1997, en Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea, No. 133, 1998.

Tribunal de Justicia Europeo, Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist, Asunto C-407/98 [2000] Rec. I-5539, de fecha 6 de julio de 2000.

Tribunal de Justicia Europeo, Sentencia (Gran Sala) de 1 de marzo de 2011 (caso Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier contra Conseil des ministres, As. 236/09).

Tribunal de Justicia Europeo, Sentencia de 20 de abril de 2011 (RJ 2011, 3596).

Corte Europea de Derechos Humanos, caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido, Vol. 94, Serie A, 28 de mayo de 1985.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake Vs. Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú: Sentencia de 27 de noviembre de 1998: reparaciones y costas”.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia, Resolución de 24 de noviembre de 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, Resolución de 6 de marzo de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la condición jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo indígena de Kankuamo contra Colombia, Resolución sobre medidas provisionales de 5 de julio de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffoy niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador, Resolución sobre medidas provisionales de 6 de julio de 2004, considerando 10, Sentencia de 27 de junio de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 298, Sentencia de 1 de septiembre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 21 de noviembre de 2016.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-131/06, 23 de febrero de 2006.

- Corte Europea, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de julio de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal - Reino Unido) - S. Coleman/ Attridge Law, Steve Law, Asunto C-303/06, Diario Oficial de la Unión Europea, Serie L, Número: 223, 30/08/2008.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Thlimmenos contra Grecia [GC] (No. 34369/97), 6 de abril de 2000,
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Pretty contra el Reino Unido (No. 2346/02), 29 de abril de 2002.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asunto Jenkins c. Kingsgate, As. 96/80, Rec. 1981, Sentencia de 31 de marzo de 1981.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-171/88, asunto Rinner-Khün, 13 de julio de 1989.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-189/91, asunto Kirsammer-Hack, 30 de noviembre de 1993.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-116/94, asunto Meyers, 13 de julio de 1995.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-1/95, asunto Gerster, 2 de octubre de 1997.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia en el asunto C-236/09 (Associationbelge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des ministres), 1 de marzo de 2011.
- Tribunal Superior de Justicia de Frankfurt (OLG Frankfurt) de 8.1.1985 (NJW 1985).
- Tribunal Supremo, Sentencia 476/2000, 4 de mayo y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-409/16, asunto Kalliri, 18 de octubre de 2017.
- Tribunal Constitucional chileno, Sentencia Rol No. 976-2008, 26 de junio de 2008, Chile.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 126/1997, de 3 de julio (BOE núm. 171, de 18 de julio de 1997).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 3/1981, de 10 de noviembre (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981).

- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 22/1981, 2 de julio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 23/1981, 10 de julio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 25/1981, 14 de julio (BOE núm.193, de 13 de agosto de 1981).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 26/1981, 17 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 7/1982, 26 de febrero, (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 1982).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 49/1982, 14 de julio (BOE núm. 185, de 04 de agosto de 1982).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 62/1982, 15 de octubre (BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 1982).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 75/1983, 3 de agosto (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1983).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 76/1983, 5 de agosto, Caso "LOAPA" (BOE de 18 de agosto de 1983).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 18/1984, 7 de febrero de 1984 (BOE núm. 59, de 09 de marzo de 1984).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 120/1983, 15 de diciembre (BOE núm. 9, de 11 de enero de 1984).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 53/1985, 11 de abril (BOE núm.119, de 18 de mayo de 1985).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 66/1985, 23 de mayo (BOE núm. 134, de 05 de junio de 1985).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 73/1985, 14 de junio (BOE núm. 170, de 17 de julio de 1985).
- Tribunal Constitucional de España Sentencia No. 88/1985, 19 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 89, 1 de julio de 1986 (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1986).

- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 88/1987, 2 de junio (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1987).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 128/1987, 16 de julio, (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 19/1988, 16 de febrero (BOE núm. 52, de 01 de marzo de 1988).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 144/1988, 12 julio, (BOE núm. 189, de 08 de agosto de 1988).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 177/1988, 10 de octubre (BOE núm. 266, de 05 de noviembre de 1988).
- Tribunal Constitucional de España Sentencia 218/1988 de 22 de noviembre (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1988).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 108/1989, de 8 de junio (BOE núm. 158, de 4 de julio de 1989).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 126/1990, 5 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 137/1990, 19 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 145/1991, 1 de julio (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1991).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 85/1992, 8 de junio (BOE núm. 157, de 01 de julio de 1992).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 86/1993, 4 de octubre (BOE núm. 268, de 09 de noviembre de 1993).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencias 286/1993, 4 de octubre (BOE núm. 268, de 09 de noviembre de 1993).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 269/1994, 3 de octubre (BOE núm. 267, de 08 de noviembre de 1994).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No.58/1994, de 28 de febrero, (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 50/1995, 23 de febrero (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 1995).

- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 114/1995, 6 de julio de 1995 (BOE núm. 184, de 03 de agosto de 1995).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 147/1995, 16 de octubre (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia del 173/1998, de fecha 23 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 1.014/1988. Promovido por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones. Voto particular (BOE núm. 197, de fecha 18 de agosto de 1998).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia del Tribunal Supremo, 2ª, 29 de septiembre de 1998.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 218/1988 de 22 de noviembre (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1988).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencias 81/2001, 26 de marzo, FJ 2 (BOE núm. 104, de 01 de mayo de 2001).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencias 139/2001, 18 de junio, FJ 4 (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2001).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 156/2001, 2 de julio, FJ 3 y 6 (BOE núm. 178, de 26 de julio de 2001).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 39/2002 14 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2002).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 83/2002, 22 de abril, FJ 3 y 4 (BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2002).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 109/2003, 5 de junio (BOE núm. 156, de 1 de julio de 2003).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 41/2006, 13 de febrero (BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2006).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 117/2006, de 24 de abril (BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2006).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 133/2006, de 27 de abril (BOE núm. 133, de 26 de mayo de 2006).

- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 27/2006, 30 enero (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2007).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 3/2007, 15 de enero (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 69/2007, de 16 de abril (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2007).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 6/2008, 21 de enero (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2008).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 13/2009, de 19 de enero (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2009).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 26/2011, 14 de marzo de 2011 (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 11/2013, 28 de enero (BOE núm. 49, de 26 de febrero de 2013).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 226/2016, 22 de diciembre, FJ 4 (BOE núm. 23, de 27 de enero de 2017).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 91/2019, 3 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019).
- Tribunal Constitucional español, Sentencia No. 71/2020 de 29 de junio de 2020 (BOE núm. 207 de 31 de julio de 2020).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 90/2020, de 20 de julio de 2020. Recurso de amparo 1102-2019 (BOE núm. 220, de 15 de agosto de 2020).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 120/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 1101-2019 (BOE núm. 289, de 2 de noviembre de 2020).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 124/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 1767-2019 (BOE núm. 289, de 2 de noviembre de 2020).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 128/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 3137-2019 (BOE núm. 289 de 21 de septiembre de 2020).

- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 129/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 3362-2019, (BOE núm. 289, de 2 de noviembre de 2020).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 68/2020, de 16 de noviembre de 2020, Recurso de amparo 2587-2019 (BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020).
- Tribunal Constitucional de Perú, Expediente No. 1124-2001-AA/TC, 11 de julio de 2002.
- Tribunal Constitucional de Perú, Expediente. No. 976-2001-AA/TC, 13 de marzo de 2003.
- Tribunal Constitucional de Perú, Caso Expediente No. 2437-2013-PA/TC, de fecha 16 de abril de 2014.
- Tribunal Constitucional de Perú, Caso Expediente No. 7357-2013-PA/TC, de fecha 16 de septiembre de 2014.
- Tribunal Constitucional de Perú, Caso Expediente No. 01423-2013-PA/TC, de fecha 9 de diciembre de 2015.
- Tribunal Constitucional Federal de alemán, Sentencia BVerfGE 7, 198 (LÜTH) de la Primera Sala, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, 15 de enero de 1958.
- Tribunal Constitucional Peruano, Caso EXP. N.º 02835-2010-PA/TC, de fecha 13 de diciembre de 2011, Lima Empresa Pesquera San Fermín S.A.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional 0401/2006-R Sucre, Expediente:2005-12102-25-RAC, 27 de abril de 2006.
- Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Canarias, Sala de lo Social, Sentencia 882/2019, de 29 de agosto de 2019, en Base de Datos de Norma CEF Laboral Social, en www.laboral-social.com
- Tribunal Supremo de España- Sala Segunda de lo Penal, Sentencia 089/1998, de 29 de septiembre de 1998.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia No. 2333, 10 de julio de 2019.

- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia No. T-210, 27 de abril de 1994.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-131/06, 23 de febrero de 2006.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia No. T-357/95, 9 de agosto de 1995.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia No. T-406/92, 5 de junio de 1992.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia No. C-587/92, 12 de noviembre de 1992.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-043/15, 4 de febrero de 2015.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional, 4 de septiembre de 2007, considerando 8, primer párrafo, del voto del Dr. Maqueda.
- Corte Suprema de la Nación, Buenos Aires, Caso SIRI, Ángel, 27 de diciembre de 1957, Argentina.
- Corte Suprema de la Nación de Buenos Aires, Sentencia relacionado con los autos “KOT, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus”, 5 de septiembre de 1958, Argentina.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia 15/2012, aprobada por la Primera Sala el 12 de septiembre de 2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia 37/2016, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte en su sesión de 10 de agosto de 2016.
- European Court of Human Rights: Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands (Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands (Application No. 34462/97), 4 de junio del 2002, párrafo 46; y Case of Willis v. The United Kingdom (Application No. 36042/97), 11 de junio de 2002.
- European Court of Human Rights, Case of DH and Others v. The Czech Republic, App. No. Case de DH y otros c. República Checa, Petic. No. 57325/00 (Gran Sala, sentencia final), de 13 de noviembre de 2007.
- European Court of Human Rights, Caso Arvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal, Application No. 17484/15, 20 of June 2017.

Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.387, Alfredo LÓPEZ ÁLVAREZ, Honduras, de fecha 7 de julio de 2003.

Informe No. 174/10, Caso No. 12.688, Fondo. Nadege Dorzema y otros (Masacre de Guayubín), 11 de febrero de 2011, Santo Domingo.

Juzgado de Primera Instancia de Villena (Alicante), Sentencia del 1987.

Audiencia Provincial de Rottweil (*LG Rottweil*), de 30 de diciembre de 1988, NJW-RR1989.

JURISPRUDENCIA NACIONAL DE ECUADOR

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0001-08-EE, 5 de diciembre del 2008.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, Caso 0005-08-AN, 2 de abril de 2009.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0050-08-EP, 19 de mayo del 2009.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0031-08-EP, 23 de julio del 2009.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0177-09-EP, 13 de agosto del 2009.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0007-09-IS, 8 de octubre del 2009.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 027-09-AN6, 9 de diciembre de 2009.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0290-09-EP, 13 de enero del 2010.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0041-09-EP, 24 de febrero de 2010.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 055-10-SEP-CC, Caso No. 0213-10-EP, 18 de noviembre del 2010.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0003-11-SEP-CC, Caso No. 0899-09-EP, 31 de mayo de 2011.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 045-11-SEP-CC, Caso No. 0385-11-EP, 24 de noviembre de 2011.

- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 230-12-SEP-CC, Caso No. 1239-10-EP, de fecha 21 de junio de 2012.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 016-13-SEP-CC, caso N.0 1000-12-EP, 16 de mayo del 2013.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, Caso 0179-12-CN y Acumulados, 4 de septiembre de 2013.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP, 9 de octubre de 2013.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 010-14-SEP-CC, Caso 1250-11-EP, 15 de enero de 2014.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No.004-14-SCN-CC, Caso No.0072-14, 6 de agosto del 2014.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 002-14-SIN-CC, Caso 0056-12-IN y 0003-12-IA Acumulados, 14 de agosto de 2014.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 146-14-SEP-CC, Caso 1773-11-EP, 1 de octubre de 2014.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 090-15-SEP-CC, Caso No. 1567-13-EP, 25 de marzo de 2015.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 139-15-SEP-CC, Caso 1096-12-EP, 29 de abril de 2015.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 006-15-SCN-CC, Caso 0005-13-CN, 27 de mayo de 2015.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 258-15-SEP-CC, Caso 2184-11-EP, 12 de agosto de 2015.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 013-15-SAN-CC, Caso 0047-13-AN, 21 de octubre 2015.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP, 13 de enero de 2016.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 019-16-SIN-CC, Caso 0090-15-IN, 22 de marzo de 2016.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 287-16-SEP-CC, Caso 0578-14-EP, 31 de agosto de 2016.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 292-16-SEP-CC, Caso 0734-13EP, 7 de septiembre de 2016.

- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 049-16-SIN-CC, Caso No. 0039-15-IN, de fecha 21 de septiembre de 2016, pp. 24 y 25.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 344-16SEP-CC, Caso 1180-10-EP, 26 de septiembre de 2016.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 344-16-SEP-CC, Caso 1180-10-EP, 26 de octubre de 2016.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 364-16-SEP, Caso No. 1470-14-EP, de fecha 5 de noviembre de 2016.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 074-16-SIS-CC, Caso 0010-14-IS, 15 de noviembre de 2016.
- Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 362-16-SEP-CC, Caso 0813-13-EP, 15 de noviembre de 2016.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1894-10-JP/20, Caso 1894-10-JP/20 de fecha 4 de marzo de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 751-15-EP/21, Caso 751-15-EP, de fecha 17 de marzo de 2021.