



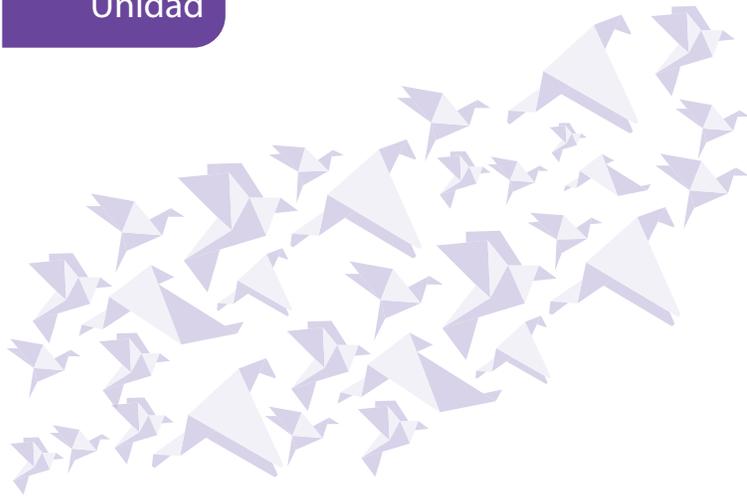
*Derecho a la  
igualdad y  
no discriminación*

**3**

Unidad

# 3

Unidad



Una vez analizada la igualdad como fundamento en la Unidad 1, se puede abordar los siguientes dos aspectos de la igualdad: como principio y como derecho.

## La igualdad y no discriminación como principio

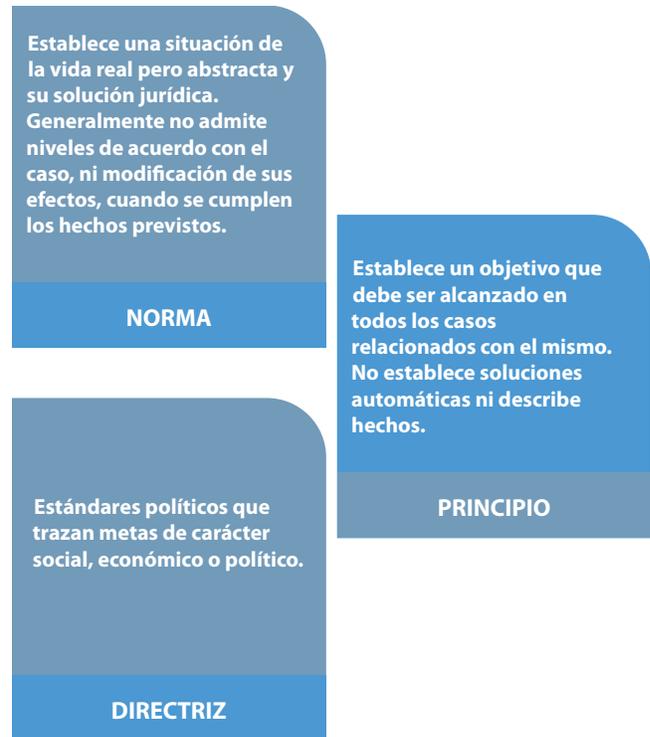
En primer lugar, la igualdad como principio tiene unas características que la diferencian de su función como fundamento de los derechos y de su función como derecho mismo, lo cual se va a verificar en la forma como opera en un caso particular. Así, según Roberto Islas Montes (2011), “principio jurídico es la relación razonada que correlaciona un fundamento, valor, meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el derecho con aquello que se deba relacionar” (p. 399). En otras palabras, el principio de igualdad relaciona los fundamentos de los derechos humanos con el ejercicio de los mismos,

convirtiéndose entonces en una necesaria articulación para el pleno respeto (de un lado) y el verdadero ejercicio (por otro) de los derechos fundamentales.

Para entender mejor el concepto de principio de aplicación de los derechos, primero se debe comprender su posición en el acervo jurídico.

Para el tratadista Roberto Islas Montes (2011), los principios se encuentran entre un conjunto de lineamientos que aportan soluciones a los casos jurídicos en derechos humanos. El autor establece la siguiente diferenciación:

**Figura 6. Principios para el tratamiento de casos jurídicos en derechos humanos**





Por su parte, Robert Alexy, (2014), en su Teoría de los derechos fundamentales, dice:

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (p. 67).

Para Alexy, a diferencia de Dworkin, los principios no son una categoría distinta de las normas, sino una especie de estas, definición que puede resultar muy útil a la hora de exigir su cumplimiento. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano podemos hallar principios en diversos rangos de normas, desde la Constitución hasta los reglamentos y ordenanzas. El principio de igualdad y no discriminación está reconocido entre los principios de aplicación de los derechos constitucionales:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, 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 (CRE, 2008, art. 11).

Este principio contiene una serie de características que hace falta analizar. Además, presenta un amplio catálogo de categorías por las cuales está absolutamente prohibido el trato diferenciado, a no ser que estemos frente a acciones afirmativas tendientes a lograr el verdadero ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, como ya se analizó en la Unidad precedente.

Finalmente, es importante atender al hecho de que la base constitutiva de la igualdad (de acuerdo con la Constitución) es el reconocimiento de la diversidad. El párrafo segundo de este numeral 2 (artículo 11) parte del reconocimiento de algunas de las diferencias que existen entre los seres humanos, características propias que son adquiridas o de nacimiento; voluntarias o involuntarias; pero se reconoce que, frente a esas diferencias, todas y todos tenemos el derecho a recibir un trato que garantice el igual ejercicio de nuestros derechos, deberes y acceso a oportunidades.

Ahora bien, sobre las características del artículo 11.2 como principio, vale evidenciar lo siguiente:

1. El principio de igualdad, propugna que los derechos deben ser ejercidos por todas las personas en condiciones de igualdad, independientemente de sus características personales. En este sentido, el principio estaría subordinado a los derechos reconocidos en la propia Constitución (no así el derecho reconocido en su art. 66, que es autónomo).
2. Al prohibir la discriminación y sancionar cualquiera de sus formas, están relacionando los tratos diferenciadores ilegítimos con la violación de los derechos humanos en general, no únicamente del derecho a la igualdad. Entonces, cumpliendo el mismo criterio de subordinación entablado, al discriminar se afectan una serie de derechos humanos, no



solamente la igualdad, y se perjudica el proyecto de vida; ello resulta importante a la hora de determinar las obligaciones del Estado en un caso particular, así como las formas de reparación necesarias.

3. El principio de igualdad consagrado en la Constitución ecuatoriana es abierto (contrario al que consta en la DUDH, por ejemplo, que contiene una lista cerrada de motivos por los cuales se prohíbe la discriminación). Esto es evidente cuando establece que se prohíbe la discriminación por cualquier condición temporal o permanente, individual o colectiva. Ello supone un nivel de protección de los derechos fundamentales, pues en caso de que exista una restricción por diferencia de trato, no será necesario evidenciar el porqué, ni correlacionarlo con alguna categoría particular, sino que basta con señalar la discriminación y probar que ella es ilegítima, para obtener la protección del Estado<sup>24</sup>.
4. Una de las formas de realización (es decir, de su verdadera aplicación en la vida real) del principio de igualdad, es el establecimiento de acciones afirmativas pues estas promueven la igualdad en relación con las personas que, por cualquier circunstancia, se encuentren en situación de desigualdad frente a otras y estén impedidas del ejercicio de sus derechos. En tal sentido, se puede asegurar que el principio de igualdad y no discriminación es transversal, pues debe verificarse en todo el quehacer público (desde normas hasta resoluciones hacia los particulares) y en el ejercicio de cada uno de los derechos.

<sup>24</sup> Así lo presentó la Corte Europea de Derechos Humanos en el Caso Rasmussen contra Dinamarca, por ejemplo, con base en lo cual Anne F. Bayeffsky (1990, p. 6) comenta: "Si se hace una distinción de cualquier tipo, el derecho se ve comprometido y la cuestión de si este ha sido o no violado excluye materias tales como si "sexo" incluye orientación sexual o embarazo, o si "origen nacional" incluye nacionalidad o ciudadanía."

En el siguiente ejemplo se puede analizar con mayor claridad los mencionados efectos de este principio de aplicación de los derechos.

En el primer ejemplo, se viola el principio de igualdad en relación con otros derechos humanos, es decir, en subordinación a estos:

#### Caso Atala Riffo contra Chile

En este caso, la Corte IDH determinó que Chile violó el derecho a la protección a la familia de la señora Karen Atala Riffo, al negarle la tenencia de sus dos hijas debido a su orientación sexual (lesbiana), puesto que el Tribunal nunca demostró ni evidenció motivos suficientes para suponer que la convivencia con sus hijas sería perjudicial para ellas. En el mismo sentido, se violó el derecho de las niñas a la convivencia con su madre sin motivos suficientes ni justificados, violándose los artículos 11, 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (además de las garantías judiciales y otros derechos), con relación al principio de igualdad y no discriminación, previsto en el artículo 1 de la Convención.

#### Derechos vulnerados:

- Interés superior del niño y la niña
- Protección a la familia
- Vida privada
- Garantías judiciales

#### Principio de igualdad:

- No se aplica



En cambio, en el siguiente ejemplo se evidencia una violación del derecho a la igualdad y no discriminación de manera autónoma:

### Caso Suárez Rosero contra Ecuador

El art. 114 del antiguo Código Penal establecía un trato diferenciado para las personas que incurrieran en delitos de narcotráfico, que no se contemplaba para las demás personas investigadas o privadas de libertad por otros delitos. De acuerdo con la legislación de entonces, en Ecuador era permitida la detención de personas “sospechosas” de cometer delitos de narcotráfico, sin orden judicial y sin que se configurara la flagrancia. La Corte IDH determinó que el Ecuador había violado el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (entre otros derechos).

#### Derechos vulnerados:

- Igualdad ante la ley
- Derecho a la honra
- Libertad personal
- Integridad personal

#### Principio de igualdad:

- No se aplica

## Derecho a la igualdad y no discriminación

Ahora bien, la igualdad es también un derecho independiente, autónomo, cuyo goce y ejercicio no está sujeto a otras normas ni al cumplimiento de requisitos, pues se trata de un derecho humano, inherente a la dignidad de las personas y los pueblos.

El derecho a la igualdad está consagrado en el artículo 66.4 de la Constitución, en los siguientes términos: derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Como se adelantaba en la Unidad 1 de este documento, un derecho humano es toda facultad, libertad y atributo que tienen las personas por el hecho de su condición humana. Entonces, el derecho a la igualdad, a la luz de la Constitución, está integrado por:

- **El derecho a ser tratado con igualdad por y ante la ley (formal):** Es decir, la legislación no puede hacer distinciones arbitrarias mediante las cuales aplique mayores cargas a unas personas o restrinja sus derechos en relación con las demás. Este derecho debe evidenciarse tanto en la origen normativo, como en su aplicación por parte de los tribunales y juzgadores, así como en su reforma y extinción.
- **El derecho a ser tratado con igualdad de manera real (material):** Valga decir que al momento de ejercer este derecho no existan obstáculos fácticos que impidan dicho ejercicio: que el derecho no quede en “letra muerta”. Esta faceta de la igualdad se verifica también en el acceso a servicios y en las posibilidades verdaderas de alcanzar el proyecto de vida.
- **Prohibición de discriminación:** Esto significa que están prohibidos los tratos diferenciados por categorías sospechosas, conforme se analizaba en la Unidad 2.



**Figura 7. Dimensiones de la igualdad como derecho humano**



Nota: Adaptada de Constitución de la República del Ecuador (art. 66, num. 4), por Registro Oficial N° 449, 2008.

Según Saba (2010, p. 87), existen dos conceptos (o acepciones, se podría decir) de igualdad dentro del derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, y su distinción será importante al examinar un cargo de discriminación. Así, existen categorías sospechosas por discriminación y otras categorías sospechosas por sometimiento. Esta es la explicación:

Desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación, las categorías sospechosas se referirían a aquellos criterios utilizados para realizar diferencias entre las personas y que nunca parecerían justificarse como criterios que puedan superar el test de razonabilidad funcional o instrumental [...]. Según el principio de igualdad como no discriminación, estaría vedada la utilización de cualquier tipo de categoría

que no fuera estrictamente funcional o instrumental a los fines de la regulación [...]. Desde la perspectiva de la igualdad como no- sometimiento, las categorías sospechosas solo serían aquellas que se refieran a una condición (“ser mujer”, por ejemplo) que se asocie con la caracterización de un grupo sistemáticamente excluido, sometido o sojuzgado por otro u otros grupos dentro de una estructura social medianamente cristalizada. Este principio no expande ni reduce el universo de las categorías sospechosas, sino que asocia las categorías sospechosas con criterios divergentes o idénticos a los que identifica el principio de no discriminación, pero por razones diferentes. No cualquier categoría que no pueda superar el test de “funcionalidad” o “instrumentalidad” será calificada de sospechosa, sino que solo lo serán aquellas categorías que se correspondan con un grupo sojuzgado o excluido.

**Figura 8. Diferencias entre la igualdad por no discriminación y por no sometimiento**

Igualdad por no discriminación	Igualdad por no sometimiento
<p><b>Prohíbe toda distinción que no se compruebe absolutamente necesaria para un fin legítimo y razonable.</b></p> <p><b>Algunas de las categorías sospechosas: edad, nacionalidad, estado de salud, profesión, etc.</b></p> <p><b>Ejemplo: solo el personal médico titulado puede ejercer la medicina en el sector público (finalidad: protección de la salud pública).</b></p>	<p><b>Prohíbe toda distinción que perpetúe las condiciones de inferioridad, exclusión o sometimiento de grupos históricamente relegados.</b></p> <p><b>Algunas de las categorías sospechosas: sexo, género, identidad cultural, pasado judicial, etc.</b></p> <p><b>Ejemplo: las mujeres que opten por cargos públicos del máximo nivel de Gobierno, tienen derecho a puntos extras por acción afirmativa (finalidad: mejorar el acceso de las mujeres a cargos directivos en el sector público).</b></p>

Con esto en mente se puede establecer qué efectos pretenden tanto los instrumentos internacionales



de derechos humanos como la Constitución, que en sus textos prohíben la discriminación por numerosas categorías sospechosas. Entonces, a la hora de examinar una distinción en contra de una persona o grupo específico, será necesario analizar cuál es la finalidad que persigue ese acto. En los ejemplos propuestos en los cuadros anteriores:

1. En el ejemplo uno, si consideráramos que la profesión es una categoría sospechosa por no sometimiento, diríamos que impedir que el personal médico no titulado ejerza la profesión en el sector público, mantiene a este grupo en una situación de inferioridad respecto de quienes sí cuentan con todas las credenciales. Pero en tal caso se estaría poniendo en peligro la salud pública. Esto significa que no se trata de una categoría de sometimiento de un grupo.
2. En el segundo ejemplo, si consideráramos que el sexo es una categoría sospechosa por no discriminación, diríamos que asignar un mayor puntaje a la mujer, por el hecho de su sexo, constituye una diferenciación ilegítima porque se le da un trato distinto por una categoría prohibida. Pero al hacerlo, estaríamos negando una situación histórica de exclusión de la mujer del nivel jerárquico superior del servicio público, y la posibilidad de resarcir esa situación y procurar superarla.

Entonces, es importante atender esta categorización del derecho a la igualdad porque permite no solo modular las decisiones públicas que afecten derechos de las personas, sino también determinar la forma en que los tribunales o instituciones deberán examinar y comprobar la legitimidad de un acto de distinción.

Finalmente, es posible que una misma categoría pueda considerarse en uno u otro campo en determinados casos, pues las condiciones determinantes de los hechos son las que permitirán reconocer los efectos de la discriminación.

Ahora bien, para comprender el alcance del derecho a la igualdad, hay que aproximarse a los tres conceptos que lo integran, de los cuales la discriminación ya ha sido abordada. Ahora es preciso definir la igualdad formal y material en el contexto de los derechos humanos.

## La igualdad formal y material

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (2005, párr.7) señala que “las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto [o, de hecho] como de jure [o sea, de derecho]” y añade:

La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas, o de otra naturaleza, tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas [...] y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable que sufren ciertos grupos.

Como resultado de lo anterior, son los Estados quienes están en la obligación de construir y asegurar la vigencia de mecanismos que permitan vigilar y exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación dentro de sus propios territorios. Se revisará a más adelante a profundidad sobre el aspecto de las obligaciones del Estado en relación con los derechos.

## Igualdad formal

El derecho a la igualdad de trato por parte de la ley, como adelantábamos, no debe confundirse con una obligación sobre el Estado de no hacer distinciones de manera genérica; al contrario, en la labor legislativa resulta insoslayable, para regular las conductas del Estado y de



la sociedad civil, categorizar, diferenciar y determinar consecuencias jurídicas a partir de esas categorías diferenciadoras establecidas. Lo que está prohibido, eso sí, es que dichas diferencias impuestas mediante normas de Derecho, ataquen a la dignidad humana. Para verificar que la norma no genere un trato ilegítimo, será preciso, en primer término, analizar si el trato diferenciado por parte de dicha norma se encuentra en alguna de las categorías sospechosas de discriminación. En un segundo término, más profundo, será necesario aplicar el test de proporcionalidad.

Ahora bien, en la labor legislativa que se encarga tanto a la Asamblea Nacional (que crea leyes orgánicas y ordinarias, las modifica, suprime y deroga conforme a su mandato constitucional), así como al Ejecutivo (a cargo de reglamentar las leyes, así como dirigir sus propias instituciones mediante actos administrativos, y elaborar políticas, planes y programas de carácter público), al igual que a los gobiernos autónomos descentralizados (cuya labor legislativa se centra en las ordenanzas y resoluciones), las diferenciaciones introducidas mediante cualquier norma deben contemplar lo siguiente:

La igualdad de trato ante la ley [...] no requiere del Estado tratar a todas las personas del mismo modo. “Tratar igual” no significa “tratar a todos los individuos como si fueran el mismo”, estableciendo una distinción, que cuesta traducir fielmente al español, entre equality y sameness que sería equivalente a algo así como “trato igual” versus “trato idéntico”. Es claro que el principio de igualdad ante la ley no implica un derecho de los habitantes de nuestro país a que el Estado no realice ningún tipo de distinción en cuanto a la aplicación de la ley. Las leyes que regulan el ejercicio de los derechos, según lo establece el artículo 14 de la Constitución Nacional con los límites que al Congreso le impone el artículo 2816, siempre establecen “tratos diferentes” de las personas (Saba, 2010, p. 59, 61).

Como ejemplos de lo anteriormente mencionado por Saba, no es lo mismo que la ley establezca: “solo las personas que hubieren culminado el bachillerato podrán acceder a la educación superior”; a que diga: “solo los varones podrán acceder a la educación superior y se prohíbe a las mujeres el ingreso a la universidad” (Saba, 2010, p. 61). En ambos casos se introduce un criterio diferenciador que permite el acceso a la universidad a un selecto grupo de individuos, pero en el primer caso existe un criterio objetivo de diferenciación, mientras en el segundo se cae en una categoría sospechosa de discriminación que no pasa el test de razonabilidad.

En el ejemplo de Roberto Saba podemos evidenciar qué distinción está permitida y cuál no. Pero esta noción no siempre es tan fácil de identificar en los casos prácticos. Por ejemplo, uno puede preguntarse: ¿es legítimo presumir que la madre de familia está en mejor capacidad de criar a los hijos e hijas que el padre de familia, como lo hace el Código de la Niñez?<sup>25</sup>

Para recapitular, la igualdad ante la ley implica que las personas que están en igualdad de condiciones, no reciban un trato diferente por parte de las normas y su aplicación, de tal forma que se las ponga en situación de desigualdad, creando una desventaja o vulnerabilidad que no la soportan otras personas con características similares. Por el contrario, si las diferencias deben merecer un trato también diferente por parte de la ley, de modo que tales diferencias no obren en su contra poniéndoles en situación de desigualdad material.

Según la Defensoría del Pueblo de Ecuador (2015), la igualdad formal “implica que las normas jurídicas traten

25 Art. 106 numeral 4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones [para ejercer la patria potestad de los hijos e hijas], se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija.



a todas las personas con neutralidad, sin ningún tipo de distinción” (p. 18).

## Igualdad material

La igualdad ante la ley, paradójicamente, puede crear situaciones de desigualdad en tanto determinan una misma solución jurídica para todas las personas, sin atender cuestiones subjetivas que viven algunas (o muchas) de esas personas para quienes la norma está dada. Entonces, pese a tener un trato equivalente por parte de la norma, en la realidad la persona no estará en igualdad de condiciones en relación con sus pares, en la misma situación pero con distintas características.

La igualdad material se traduce en que se garantice que los derechos serán ejercidos por todas las personas en las mismas condiciones y que todas las personas tendrán acceso a las mismas oportunidades. Entonces, la igualdad material es una arista del derecho a la igualdad que modula los efectos de la ley en el sentido de que su aplicación estricta puede menoscabar derechos en un contexto de diversidad. Así lo explica el siguiente párrafo:

El significado de este artículo [el que garantiza la igualdad material] no es otro que ante la evidencia de que todos somos diferentes y debemos tener las mismas oportunidades, el Estado ha de deshacer los nudos que mantienen atados a algunos miembros de nuestra sociedad, y no les permiten situarse en la misma barrera de salida [...] la igualdad ante la Ley no será más que una falacia, pues qué sentido tiene pretender que todos somos iguales ante la Ley, si esa norma no nos representa a todos (Muñoz Cabrera, 2010, p. 406).

Recogiendo la máxima aristotélica de “igualdad para los iguales, diferencia para los diferentes”, la Corte Constitucional de Colombia ha explicado el concepto de

igualdad formal y lo relaciona con la igualdad material, en los siguientes términos:

El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto solo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad.

La igualdad de todas las personas ante la ley y las autoridades, constituye un derecho constitucional fundamental [...] también por el valor trascendente que tiene para el [ser humano], sobre todo dentro de una nación que persigue garantizar a sus habitantes una vida conviviente dentro de lineamientos democráticos y participativos que aseguren un sistema político, económico y social justo.

[...] la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

De este texto se pueden extraer algunos caracteres importantes de la igualdad formal, que trae a colación lo analizado en las unidades anteriores respecto al trato diferenciado y al test de razonabilidad. En primer lugar, la Corte establece que en cada caso particular, cuando se trate de derechos humanos, será necesario identificar y atender las características propias del titular del derecho y definir una solución al respecto.

De acuerdo con la Defensoría del Pueblo (2015), la igualdad material “implica, por una parte, que las personas no tengan obstáculos que impidan el ejercicio efectivo o el goce de los derechos humanos y, por otra, que puedan ejercer estos derechos en las mismas condiciones que otras personas” (p. 18).



## Obligaciones del Estado

Los instrumentos internacionales de derechos humanos imponen a los Estados obligaciones también de carácter internacional que, al cumplirlas, permitirían el pleno goce, ejercicio y exigibilidad de los derechos humanos. Al ser de carácter internacional, estas pueden ser exigidas a través de los sistemas supranacionales de justicia, mediante los procedimientos establecidos en los mismos instrumentos, cuando los Estados fracasen en cumplir dichas obligaciones.

De acuerdo con lo ratificado por los Estados en los diversos instrumentos internacionales de los que cada uno es parte, las obligaciones del Estado pueden diferir en cuanto a uno y otro, o presentar matices en relación con el modo de cumplimiento. Así, en la figura 9 se puede apreciar las categorías de obligaciones estatales que han sido estudiadas por diversos órganos y autores.

**Figura 9. Tipología de las obligaciones del Derecho Internacional de derechos humanos**

TIPOLOGÍA DE LAS OBLIGACIONES DEL DIDH					
Propuesta de:	Obligación de:				
Shue	No privación	Protección de la privación	Ayuda a los que están privados de bienes básicos		
Eide	Respetar	Proteger	Satisfacer	Proveer	
Van Hoof	Respetar	Proteger	Asegurar		Promover
Steiner y Alston	Respetar	Proteger / Prevenir	Crear maquinaria institucional	Proveer bienes y servicios	Promover
Comité DESC	Respetar	Proteger	Cumplir		
			Satisfacer	Proveer	Promover
Comité DH	Respetar	Garantizar y adoptar medidas Promover			
		Proteger	Asegurar	Promover	Promover
Corte Interamericana	Respetar	Garantizar y adoptar medidas			
		Proteger	Crear instituciones e investigar, sancionar y reparar		Promover

*Fuente: Elaboración de los autores con información de Magdalena Sepúlveda, the Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Países Bajos, Intersentia, 2003.*

Nota: Tomado de Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la aplicación e interpretación de derechos, (p. 16), por Serrano, S., 2013. México: UNAM.



Brevemente, las obligaciones del Estado en relación con los derechos humanos, consisten en mandatos exigibles a los órganos públicos de acuerdo con sus respectivas funciones y atribuciones, por parte de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, originadas por la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos. Estas son las acogidas por la Defensoría del Pueblo:

- **Respetar:** Deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes<sup>26</sup> que constituyen el objeto del derecho. Esta es una obligación negativa o de “no hacer”.
- **Garantizar:** Asegurar que todas las personas titulares del derecho accedan al bien cuando no pueden hacerlo por sí mismas, por ejemplo, a través de obras, instituciones y servicios. Esta es una obligación positiva que impone el deber de “hacer” o realizar actividades que modifiquen el mundo real.
- **Proteger:** Consiste en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a los derechos. Se materializan al legislar, investigar, sancionar y reparar cuando se produce una amenaza o violación de derechos.
- **Promover:** Fomentar la práctica de los derechos con el fin de crear condiciones favorables para que sus titulares los gocen y ejerciten, a través de acciones como la educación en derechos humanos, desarrollo de políticas, asignación de presupuestos, entre otras.

Con esta explicación se puede dilucidar lo que implica para el Estado ecuatoriano el reconocimiento del derecho a la igualdad formal, material y no discriminación. En primer lugar, el bien jurídico protegido por este derecho es, evidentemente, la igualdad.

<sup>26</sup> Aquí, los bienes jurídicos son aquellos valores de alta relevancia para la sociedad, tanto que el Derecho los protege. Todos los derechos humanos son bienes jurídicos protegidos.

Ahora bien, para el pleno ejercicio de este derecho por parte de todas las personas, el Estado debe:

**Figura 10. Ejemplos de las obligaciones del Estado frente al derecho a la igualdad y no discriminación**



Las obligaciones derivadas de los derechos humanos (como contrapunto a su reconocimiento) son las que los dotan de vida (o valga decir, de exigibilidad) e impiden que se conviertan en meros enunciados jurídicos. Estas obligaciones que pesan sobre los Estados de modo genérico, deben descender en la cadena jerárquica de lo público distribuyendo responsabilidades según el mandato legal que exista para cada entidad. No obstante, todos los servidores y las servidoras públicas tienen deberes y obligaciones específicas:



°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 (CRE, 2008, art. 426).

En este sentido, los derechos humanos son exigibles siempre. Quienes ejercen el servicio público tienen un mandato de inmediato cumplimiento y aplicación de los derechos humanos, siempre.

El derecho a la igualdad, entonces, debe manifestarse en todo servicio público, en todo acto administrativo, en toda sentencia judicial. La discriminación está proscrita por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, por la Constitución y por varias leyes y normas; ello significa que incurrir en un acto discriminatorio acarrea responsabilidades administrativas, civiles y penales para el servidor o la servidora que se permita tal acto, independientemente de su escalafón.

### La reparación integral<sup>27</sup>

La reparación integral merece una explicación propia por su connotación tan importante en el contexto de los derechos humanos. Una vez que se ha producido una

violación de derechos (porque la historia nos ha enseñado que hasta ahora ha sido imposible evitarlas), corresponde al Estado, a través de sus organismos, autoridades, servidores y servidoras, procurar por todos los medios posibles, volver las cosas al estado anterior a que se produjera la vulneración de derechos. Recordemos que entre los principios de aplicación de los derechos, se encuentra el de reparar las violaciones a los derechos humanos:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos (CRE, art. 11, num. 9).

Esto no siempre es posible ya que a menudo las violaciones de derechos humanos causan daños tan graves que es imposible retroceder al momento previo a su cometimiento. Cuando se pierden vidas humanas, se destruyen irremediamente proyectos de vida, o se degrada a tal punto la naturaleza que es imposible su recuperación verdadera, el Estado debe buscar otras maneras de resarcir los daños. Es importante señalar que parte de la reparación integral es la garantía de no repetición, que significa que el Estado debe asegurar, mediante toda suerte de medidas, que el hecho no volverá a producirse, no solo respecto de su víctima, sino de todas y todos los miembros de la sociedad.

Para lograr la reparación integral, se debe empezar por identificar el derecho vulnerado y los responsables por la vulneración. Luego será necesario evaluar los daños para definir las mejores formas de reparación. Estas son algunas que ha aplicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según explica Rojas Balanza (2012):

<sup>27</sup> Este apartado ha sido desarrollado con base en el estudio sobre la reparación desarrollado por Rojas (2012).



- **Restitución íntegra:** Retroceder las cosas al estado anterior a la producción de la violación del derecho.
- **Reparación material:** Consiste generalmente en indemnizar a la persona por el daño<sup>28</sup> que le causó la violación del derecho, a través de reparticiones económicas, y evaluando los daños de manera amplia y realista.
- **Compensación:** Más allá de la reparación material, se procura reconocer mediante la entrega de dinero, bienes o servicios, que se ha producido una afectación por una violación de derechos. Atiende al daño psicosocial generado en la víctima y sus allegados y allegadas.
- **Restitución simbólica:** Es una forma de reparación inmaterial del derecho que consiste en cualquier forma de reconocimiento público de la responsabilidad del Estado sobre el hecho vulneratorio. Puede consistir en disculpas públicas, placas, publicación de sentencias, etc.

Vale recalcar que tanto los jueces y las juezas constitucionales al interior del Estado<sup>29</sup>, como las cortes internacionales de derechos humanos, tienen amplia vía para idear formas de reparación que se adecúen a cada caso, por lo que las listadas anteriormente no son los únicos mecanismos de reparación posibles.

## Exigibilidad de los derechos humanos

La exigibilidad, por definición, es la posibilidad de las personas y colectivos de exigir determinada conducta o

abstención por parte de los entes que ostentan el poder en una situación determinada. Al hablar de derechos humanos, la exigibilidad comporta la posibilidad de exigir el respeto, protección, garantía y promoción, en virtud de que los derechos dimanen de la dignidad de cada persona, y, por tanto, solo al ejercerlos las personas son, verdaderamente, libres, dignas e iguales. Entonces, la exigibilidad de los derechos no requiere del reconocimiento por parte del Estado. Al respecto, la Opinión Consultiva 18/03 (Corte IDH, 2003), menciona:

Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos no se originan en el artículo 1.1 de la Convención Americana o en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino en la naturaleza de los derechos humanos y la dignidad humana, la cual no depende de ninguna calificación sustentada en algún acto positivo del Estado. Por ello, la exigibilidad de estas obligaciones no depende de la adhesión o ratificación que un Estado haga a la Convención Americana; de ello depende únicamente su justiciabilidad ante los órganos del sistema interamericano. En tal sentido, las obligaciones de respeto y garantía no son obligaciones condicionales pues se derivan de la dignidad humana (p. 84).

Por su parte, un mecanismo consiste en un conjunto de elementos bien unidos entre sí, que permiten alcanzar un objetivo. Por ejemplo, el mecanismo de un reloj es un conjunto de partes que realizan diferentes acciones y funciones para dar la hora. Un mecanismo de exigibilidad de derechos humanos también se forma con la suma de distintas personas y acciones dirigidas a la protección de derechos de una persona o un grupo en particular. En este sentido, los mecanismos no son solo jurídicos –es decir, los derechos no solo se defienden en las cortes y juzgados–, sino de distintas formas. Se pueden coordinar acciones a través del arte, la comunicación social, el cabildeo, la incidencia en políticas públicas, la educación en derechos humanos, entre muchos otros. Es importante ser creativos,

28 Tomando en cuenta el daño emergente y el lucro cesante, como medios de cálculo para otorgar la indemnización.

29 La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé que quienes ejercen la jurisdicción en materia de derechos humanos puedan modular las sentencias para adecuarlas a los mismos (art. 5) y que una vez declarada la vulneración de un derecho, se debe aplicar medidas de reparación integral (art. 18).



creativas, recursivos y recursivas a la hora de diseñar mecanismos de exigibilidad de derechos humanos, y tomar en cuenta no solo fortalezas y oportunidades, sino también riesgos y amenazas, pues al implementar dichos mecanismos, nos enfrentamos ante sistemas de poder que no siempre estarán abiertos a ceder espacios. Por otro lado, la movilización social, el cabildeo político, la educación en derechos humanos, son todas formas o métodos de exigibilidad de derechos. Es importante considerar que la creatividad de los actores sociales, activistas, y de cada persona en su propio ámbito de acción, son el límite para la formación de nuevos y más efectivos mecanismos de exigibilidad de derechos.

Así, existen diversos mecanismos para la exigibilidad de los derechos, de los cuales la judicialización (o sea, el acudir a los órganos judiciales para el reconocimiento y reparación de violaciones a los derechos humanos), es solo uno de ellos; sin embargo, para su puesta en marcha es indispensable conocer en qué consisten los derechos y el marco contextual que los contienen.

Es importante recalcar que otro de los principios de aplicación de los derechos es que estos son aplicables por parte de todos las servidoras y servidores públicos en todos los procesos, trámites o procedimientos a su cargo, así como ante los mismos (CRE, 2008, art. 11, num. 3). Esto significa que en todos los casos una persona o colectivo puede exigir que se aplique el derecho y el principio de igualdad y no discriminación; y, ya que este es transversal, debe aplicarse en todos los derechos humanos.

Entonces, tenemos que la primera obligación en relación con los derechos recae sobre las y los servidores públicos de manera general. Por ejemplo, si una persona requiere copias certificadas de un documento que ha sido emitido por una entidad pública, el servidor o la servidora

que recepta la solicitud tiene la obligación de aplicar el principio de igualdad respecto al derecho de petición, de modo tal que se verifique el ejercicio del mismo por parte de la persona solicitante o peticionaria.

En segunda instancia, si por cualquier motivo –es decir, por acción u omisión– la primera servidora o servidor público llamado a aplicar el derecho (de petición, en este ejemplo) falla en esta misión, el Estado debe poner a disposición de la persona los mecanismos jurídicos de exigibilidad del derecho. En este sentido, se puede proponer una queja dentro de la misma institución que vulneró el derecho (procedimiento administrativo); o una acción judicial para resarcir el derecho negado (proceso judicial); o, una garantía jurisdiccional para la aplicación eficaz e inmediata del derecho dentro del caso concreto (proceso constitucional ante los operadores de justicia o ante la Corte Constitucional, dependiendo del tipo de acción que se proponga)<sup>30</sup>.

En el ejemplo, tratándose del derecho de petición, si la misma entidad pública de la que emanó la lesión del derecho no es capaz de resarcirlo, se podría interponer una acción de acceso a la información pública, con el fin de lograr el cumplimiento de las obligaciones del Estado en relación con el derecho humano conculcado y por ende lograr el ejercicio pleno del derecho y/o las reparaciones del mismo.

Es importante destacar que la discriminación, a más de constituir una violación del derecho humano a la igualdad, del principio de igualdad y no discriminación, y de otros derechos correlativos, también constituye un delito de

<sup>30</sup> Brevemente se puede mencionar que las garantías jurisdiccionales son: acción de protección, acción de hábeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción de hábeas data, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección y acción de incumplimiento.



acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal (COIP) vigente (2010):

- **Discriminación.-** 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 (art. 176).

Además, constituye un agravante en la comisión de cualquier otro delito:

- Circunstancias agravantes de la infracción penal: “Aprovecharse de las condiciones personales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación” (COIP, 2010, art. 47, num. 9).
- Circunstancias agravantes en las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal: “Si la infracción sexual ha sido cometida como forma de tortura, o con fines de intimidación, explotación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo” (COIP, 2010, art. 47, num. 7).

Esto significa que si la solicitud de copias certificadas – continuando con el ejemplo– ha sido denegada por parte de una persona del servicio público por causa de alguna

de las categorías sospechosas de discriminación –como ser de otro origen nacional–, además de las acciones necesarias para resarcir el derecho (las administrativas, judiciales o constitucionales que ya se mencionaron), se puede presentar una denuncia en contra de la persona que ejecutó el acto discriminatorio.

**Figura 11. Mecanismo de exigibilidad de los derechos humanos**



Además de estos mecanismos, la Defensoría del Pueblo de Ecuador, al ser la Institución Nacional de Derechos Humanos, tiene el mandato de proteger y promover los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En tal sentido, constituye otra opción para exigir el respeto, protección y garantía de los derechos cuando han sido desconocidos o menoscabados por parte de entidades públicas o, incluso en ciertos casos, de entes privados.



La Defensoría del Pueblo puede iniciar procedimientos administrativos o interponer garantías jurisdiccionales para lograr este objetivo, dependiendo de los parámetros del caso que serán analizados a la luz de su mandato constitucional.

Entre las atribuciones constitucionales de esta institución, se encuentran las siguientes (CRE, 2008, art. 215):

- El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.
- Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.

## Ideas claves

- El principio constitucional de igualdad y no discriminación es transversal, pues debe verificarse en cada una de las actuaciones del Estado en relación con todos los derechos humanos. Esto significa que el goce y ejercicio de todos los derechos debe realizarse en condiciones de igualdad, independientemente de las características o condiciones propias de las personas o colectivos.
- El derecho a la igualdad formal, material y no discriminación es un derecho autónomo que garantiza que todas las personas sean tratadas con igualdad por la ley, pero que, ante diferencias constitutivas, reciban también un trato diferenciado que permita la igualdad en el ejercicio de los derechos y acceso a oportunidades.
- El Estado, respecto del derecho a la igualdad y no discriminación, tiene las obligaciones de respetar (abstenerse de interferir), proteger (realizar acciones positivas), garantizar (impedir que terceros lo obstaculicen) y promover el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación; esto en virtud de las garantías constitucionales y la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen este derecho.
- Todas las personas y colectivos tienen a su disposición diversos mecanismos de exigibilidad de sus derechos humanos. Entre estos mecanismos se encuentran los administrativos, judiciales y constitucionales, los cuales han sido establecidos para garantizar el goce y ejercicio de los derechos. Además, es un principio de aplicación de los derechos que estos sean aplicables, en todos los casos, por y ante cualquier persona del servicio público.