



**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS**  
**CARRERA: DERECHO**

**TESIS PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE: ABOGADA**

**TÍTULO: LA DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DEL GÉNERO Y LA  
CONDICIÓN DE SALUD EN EL ACCESO A LAS FUERZAS ARMADAS: EL  
CASO DE EMMA ISABEL AGUAGUIÑA AGUAGUIÑA**

**MARÍA JOSÉ VEGA GALLEGOS**

**QUITO, MARZO 2017**

## **CESIÓN DE DERECHOS**

DECLARACIÓN JURAMENTADA Yo, MARÍA JOSÉ VEGA GALLEGOS, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional; y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluye en este documento. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK ECUADOR, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....

MARÍA JOSÉ VEGA GALLEGOS

CC 1719539668

## **DEDICATORIA**

A mi familia por siempre creer en mí y ser mi motivación cada día para ser un ser humano integral y llegar lejos en mi carrera profesional.

A mis padres por ser el motor de mi vida y brindarme siempre su apoyo, gracias por su esfuerzo y sacrificio constante.

## ÍNDICE

CAPITULO 1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN .....	1
1.1.- Evolución del concepto de la igualdad .....	1
1.2.- Igualdad sustancial o material .....	8
1.3.- Categorías sospechosas de la discriminación .....	12
1.3.1.- Condición de género .....	15
1.3.2.- Condición de salud .....	21
1.4.- Acciones afirmativas .....	23
1.4.2.- El concepto de acción afirmativa .....	25
1.4.3.- Tipos de acciones afirmativas .....	29
1.4.4.- Niveles de acción afirmativa .....	30
1.5.- Test de igualdad y proporcionalidad .....	33
1.5.1.- Test de proporcionalidad .....	33
1.5.2.- Test de igualdad .....	43
CAPITULO 2. LAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DE LA DISCRIMINACIÓN. EL CASO DE EMMA ISABEL AGUAGUIÑA AGUAGUIÑA. ....	48
2.1.- Hechos .....	49
2.2.- Problema jurídico .....	53
2.3.- Los pronunciamientos judiciales .....	54
2.3.1- Acción de Protección .....	55
2.4.- Impugnaciones .....	72
2.4.1- Pronunciamientos judiciales .....	73
2.5.-Acción Extraordinaria de Protección .....	74
2.5.1.-Pronunciamiento de la Corte Constitucional de Ecuador .....	81
2.5.2.- Acción Extraordinaria de Protección planteada directamente ante la Corte Constitucional .....	83
2.5.3.- Audiencia pública .....	85
2.6.- Solución alternativa .....	99
2.6.1.- Test de proporcionalidad .....	102
2.6.2.-Enfoque de género .....	104

CONCLUSIONES .....	107
BIBLIOGRAFÍA .....	110
ANEXO 1 .....	115

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo trata sobre la discriminación en razón del género en el acceso a las Fuerzas Armadas, ello en virtud de que a través de diferentes medios de comunicación se ha podido evidenciar casos de discriminación por parte de algunas instituciones públicas, a pesar de que el Estado ha desarrollado políticas para la integración de las mujeres en todos los campos.

Esta situación es más evidente en el campo de las Fuerzas Armadas, en las que se ha podido observar tratos discriminatorios en contra de las mujeres, es por ello que este trabajo investigativo pretende resolver la interrogante de si las prácticas institucionales para la selección de personal en las Fuerzas Armadas conservan criterios de discriminación en razón de género y condición de salud.

Ello en virtud de que si bien los temas de discriminación han sido abordados desde medios de comunicación y políticas públicas, es necesario abordar este tema académicamente para comprender por qué dichas prácticas se siguen manteniendo en instituciones públicas.

Para intentar dar respuesta a estas interrogantes nos hemos servido de los aportes teóricos derivados de los estudios sobre igualdad y no discriminación, la condición de género como categorías sospechosa, las acciones afirmativas y los test desarrollados para determinar si es que ha existido una afectación a los principios antes mencionados, siendo estos el test de proporcionalidad y el test de igualdad.

En cuanto al marco metodológico, partiendo del método hipotético deductivo que interpreta tanto la deducción como la inducción y con un enfoque cualitativo,

utilizaremos el método de estudio de caso, donde analizaremos un caso en concreto, este es el de la señorita Emma Isabel Aguaguíña Aguaguíña aspirante a ser Oficial Especialista en las Fuerzas Armadas, para establecer si sufrió o no discriminación, el análisis de caso como técnica de investigación permite profundizar en las características de un caso particular con el fin de poder contrastar empíricamente la práctica con la teoría.

El caso antes mencionado, fue elegido debido a que si bien ha existido en el Ecuador ciertos avances en cuanto al reconocimiento de los derechos de las mujeres e incluso se han tomado acciones afirmativas y elaborado políticas públicas a favor de las mismas, resulta alarmante que en pleno siglo XXI sigan aconteciendo ciertos obstáculos en el libre ejercicio y goce de los derechos fundamentales de las mismas, y más grave aún que sean las mismas instituciones públicas quienes faculden o realicen ciertos actos discriminatorios y que cuando estos casos lleguen a conocimiento de órganos jurisdiccionales no se los resuelva con la normativa adecuada ni se pretenda erradicar dichos actos discriminatorios.

El trabajo se divide en dos partes, la primera aborda la revisión de la extensa bibliografía sobre igualdad y no discriminación en razón del género, y, la segunda comprende el estudio de caso, espacio en el que hemos analizado los hechos, los argumentos de las partes y los argumentos de los jueces en las sentencias de las diferentes instancias. Para terminar con nuestras conclusiones.

Esta investigación antes que ser un punto de llegada pretende ser un punto de partida del análisis en profundidad del principio de igualdad y no discriminación.

## **CAPITULO 1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN**

### **1.1.- Evolución del concepto de la igualdad**

El estudio de la igualdad comienza con Platón y Aristóteles, este último señaló “parece que la justicia consiste en igualdad, y es así, 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” (Pérez, 2002: 8).

Con esta frase, Aristóteles dijo dos cosas fundamentales sobre la igualdad, la primera es que la igualdad significa que las cosas que son iguales deben tratarse igual y las cosas que son desiguales deben tratarse de manera desigual en proporción a su desigualdad, y la segunda, que igualdad y justicia son sinónimos, ser justo es ser igual, ser injusto es ser desigual; estas premisas dominarían el pensamiento occidental hasta la actualidad (Pérez, 2002: 8).

Sin embargo, el principio de igualdad formal encontró su auge mucho después, específicamente en las revoluciones liberales burguesas que a continuación explicaré.

En la baja Edad Media surgieron múltiples formas de organización política que contaban con personas que disputaban el poder de los monarcas, de esta manera surgen los Estados con asambleas como Inglaterra y Estados estamentales con cuerpos diferentes, como Francia, en donde existía el cuerpo del clero, nobleza y la burguesía. La formación de instituciones que representaban intereses de un grupo y que hacían contrapeso al poder del príncipe, fue un elemento en común de los Estados europeos en la época final de la Edad Media y al principio de la Edad Moderna (Pérez, 2002: 47).

Estos fenómenos contribuyeron a la transformación de las estructuras sociales generando el fin del “antiguo régimen”, situación que sucedió primero en Inglaterra con la denominada “Revolución Gloriosa” de 1688, luego la Independencia y Constitución estadounidense en 1787 y finalmente en Francia, con la “Revolución Francesa” de 1789. Estos sucesos y la ideología del liberalismo marcaron una nueva etapa en la sociedad occidental y en las formas de organización política y a través de ellos puede observarse los primeros antecedentes de la igualdad formal conocida también como “igualdad ante la ley” (Pérez, 2002: 48).

Es así, que el principio de igualdad formal surgió en sus orígenes como un precepto que rompía con un pasado desigualitario de la sociedad estamental que rechazaba privilegios y exenciones y buscaba someter a los ciudadanos a un mismo ordenamiento jurídico igual para todos (Pérez, 2002: 48).

En esta época liberal, la igualdad formal representó la inexistencia de privilegios y por consiguiente la generalidad e impersonalidad en la delimitación de los supuestos de aplicación de la ley. Entender la igualdad formal o igualdad ante la ley como consecuencia de la generalidad de la norma legal, implicó que todos se sometieran igualmente al ordenamiento jurídico y que todos tengan igual derecho a recibir la protección de derechos que ese ordenamiento reconoce, de esta forma la igualdad ante la ley fue una advertencia para aquellos que aplican la ley a no hacer distinciones o excepciones que no estuvieran previstas en la ley (Pérez, 2002: 49).

El principio de igualdad formal se plasma por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual establece la universalidad de los

derechos, creando así un derecho de todos los ciudadanos a la igualdad de derechos. Este principio fue utilizado para garantizar una aplicación idéntica de la ley sin consideración de quien se trate y así fue reducido a una igualdad ante la ley (Pérez, 2002: 49).

De hecho, hasta el momento se trata de una igualdad que se limita a la aplicación del derecho, con exclusión de cualquier otra consideración, por lo que se lo conoce también como una igualdad rígida.

La igualdad formal o igualdad ante la ley se refiere a que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no permita o establezca. Por lo que si el derecho otorga derechos políticos solamente a los hombres y no a las mujeres, a los ciudadanos y no a los extranjeros, a los miembros de determinada religión o etnia y no a los de otra, se respeta el principio de igualdad cuando los órganos encargados de la aplicación del derecho resuelven los conflictos aplicando la ley concreta en cada caso. Ello significa que la exigencia de este principio implica que en el orden social, en el otorgamiento de derechos y en la imposición de deberes, no debe hacer caso a ciertas desigualdades (Pérez, 2002: 49-50).

La igualdad formal, a pesar de su rigidez, tiene dos importantes implicaciones a partir de su plasmación en el artículo 1 de la Declaración de 1789 “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” y en su artículo 6 “la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos” La premisa primera se trata de la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos con la eliminación de los privilegios de

nacimiento y la segunda la demanda de generalidad de la ley, es decir la ley es para todos (Pérez, 2002: 50).

En conclusión, el concepto de igualdad que conllevan las revoluciones liberales burguesas se funda en dos puntos, la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos con la abolición de todos los privilegios de nacimiento y la generalidad de la ley. Su contenido más que jurídico fue político, esto se constató a través de las desigualdades reales como la subyugación de las mujeres y de las minorías raciales, fue un principio que se dedicó a marcar las reglas de juego y a establecer que la ley es igual porque es general, sin poder establecer aún alguna pretensión jurídica frente al legislador, sin embargo, la concepción de igualdad de este período fue un punto de partida que se transformaría paulatinamente (Pérez, 2002: 59-60).

Aunque la igualdad formal se trató de un principio rígido en un principio, históricamente logró afirmarse permitiendo la supresión de las diferenciaciones jurídicas, ello implicó que todos sean iguales en derechos, independientemente de sus diferencias de sexo, condición económica, lengua, religión, cultura, etc., por lo cual, ninguna de ellas pueden ser aducidas como estatus jurídico diferenciado para atribuir derechos, esto quiere decir que si A es afrodescendiente no tendrá menos derechos que B que es mestizo o blanco. En la actualidad dicho concepto no ha variado demasiado y se entiende por igualdad formal al mandato de igual trato jurídico a las personas que se encuentran en la misma situación, esto se ve reflejado en la conocida acepción plasmada en la mayoría de constituciones del mundo “todos somos iguales ante la ley” (Ferrajoli, s.f.: 318).

Podemos observar que el principio de igualdad formal impone un tratamiento igualitario a las personas que se encuentren en circunstancias iguales, lo que a su vez deriva en un mandato de prohibición de tratar de manera desigual a las personas que se encuentren en situaciones iguales, esto configura una vertiente constitucional fijando un límite al poder político, y podemos hablar de dos acepciones del principio de igualdad, una positiva y una negativa, la positiva exige un tratamiento igual y la negativa un mandato de prohibición de trato desigual, las dos referidas siempre que las personas o situaciones puedan ser consideradas iguales (Cerdá, s.f: 195).

De esta manera, podemos evidenciar que del principio de igualdad se deriva el principio de no discriminación o el principio de prohibición de discriminación, de hecho, considero que los dos principios están íntimamente ligados y trabajan en conjunto. No pudiera existir un principio de no discriminación sin el principio de igualdad, puesto que como observamos este último fija las pautas de tratamiento a las personas que se encuentran en iguales condiciones mientras que el otro prohíbe un trato diferente a las personas que se encuentra en dichas situaciones iguales, por lo que de no existir estas pautas de igualdad de trato, el principio de no discriminación no tendría que regular o qué límites de trato fijar o establecer.

Para comprender el principio de no discriminación, debemos partir por el concepto de “discriminación” siendo ésta una ruptura de la igualdad por un motivo prohibido y por ello el concepto de discriminación depende íntimamente del concepto de igualdad. En el ámbito jurídico discriminar significa tratar desfavorablemente a una persona de manera ilegítima, fundamentándose así en un criterio prohibido por el Derecho. Es así que el principio de no discriminación implica la prohibición de tratar desfavorablemente a una

persona de manera ilegítima en virtud de sus condiciones particulares o condiciones de edad, sexo, religión, cultural, economía, etc. (Miné, 2003:1-3).

Tal como sucedió con el principio de igualdad, a lo largo del desarrollo del principio de no discriminación se determinaron dos tipos de discriminaciones, la directa e indirecta. La discriminación directa se refiere al trato diferente de una persona pero de forma menos favorable para la misma y por un motivo prohibido, de esta manera la discriminación directa puede ser intencional y explícita en relación al motivo prohibido. Esto quiere decir que desde el momento en que se compruebe la diferencia de trato desfavorable en concreto, es decir el criterio prohibido, surge la discriminación (Miné, 2003:5).

La discriminación indirecta por otro lado, implica que no serán considerados discriminatorios solo los tratos formalmente desiguales, sino que implica una ampliación de la prohibición de discriminación a actuaciones, normas o medidas que aparentemente son neutras pero cuya aplicación en la práctica, produce un impacto negativo en determinado grupo de personas, siempre que estas acciones o medidas sean carentes de justificación suficiente, probada, proporcional y razonable<sup>1</sup> (Pérez , s.f.:4).

La prohibición de discriminación, actúa, como un instrumento técnico que rechaza la posibilidad de que sean tomadas en cuenta como circunstancias relevantes al momento de aplicar el principio de igualdad situaciones como el sexo, ideología, religión, condición socioeconómica o cultural, enfermedades, entre otras, como consecuencia del reconocimiento por parte de la sociedad de la necesidad de un trato igualitario pero

---

<sup>1</sup> Estas categorías serán abordadas en la sección correspondiente al test de proporcionalidad.

también de la necesidad de evitar y corregir situaciones de indignidad que afectan a determinados grupos sociales. Ello implica que este principio establece cuando no está justificado un tratamiento normativo diferente en virtud de esas diferenciaciones (Cerdá, sf.: 196).

De las premisas anteriores podríamos entender que no estará justificado ni permitido un trato normativo diferente cuando las personas se encuentren en igualdad de circunstancias, para entender esto me parece importante ejemplificarlo. Si se promulga una ley que establece “Todos los ciudadanos tienen derecho a votar” y A que es mujer y B que es hombre y que son ciudadanos van a ejercer su derecho, sin embargo no se permite que A vote, se verificaría que se está incurriendo en un trato discriminatorio, puesto que las dos personas están en la misma circunstancia, esto es “ser ciudadanos” y no hay una justificación para aplicar un trato diferente. Sería de otra manera si es que A sería extranjera que aún no ha cumplido cinco años viviendo en el país y B ciudadano nacional, por lo que en ese caso no se verificaría un trato discriminatorio puesto que A no estaría en la misma circunstancia que B ya que no es ciudadana.

Esto, sin embargo, sería a simple vista y tomando sólo en cuenta el principio de igualdad formal y no así por ejemplo el principio de igualdad material y sin hacer un test de proporcionalidad que nos permitiría por ejemplo ver cuál es el fin constitucionalmente legítimo, es decir qué es lo que la norma está buscando al momento de fijar determinado derecho.

Es por ello que es indispensable empezar a analizar el principio de igualdad material.

## **1.2.- Igualdad sustancial o material**

En principio, parecería que la igualdad formal era suficiente para resolver los problemas jurídicos surgidos en aquellas épocas, sin embargo, a medida que pasaba el tiempo se hacía evidente la diferencia entre las personas inclusive entre aquellas que pertenecían a una misma nacionalidad, es allí donde surge el desarrollo de la igualdad material.

El principio de igualdad material en cambio, nace del Estado Social de Derecho y hace referencia al trato jurídico a las personas pero tomando en cuenta la posición real en que éstas se encuentran, es decir, sus condiciones particulares sean estas sociales, económicas, culturales, etc., esto con el objetivo de lograr una equiparación real y efectiva de los mismos (Carmona, s.f:1).

El desarrollo del derecho anti discriminatorio a raíz de convenciones internacionales con ideas como acciones positivas o afirmativas y en general el desarrollo de los derechos humanos y el surgimiento del Estado democrático, demostró que el concepto de igualdad formal era muy limitado y ya no respondía a la problemática de las sociedades contemporáneas; todas estas disposiciones derivadas del derecho anti discriminatorio fueron desarrolladas con una visión diferente a la igualdad netamente formal, estas estrategias han sido justificadas en relación con la “igualdad en los resultados” e “igualdad de oportunidades” que abordaremos más adelante, sin embargo, es preciso entender que las premisas anteriores han evidenciado la necesidad de establecer cuál es el fondo del derecho a la igualdad y los derechos que de ella se derivan, es por ello que el concepto de igualdad sustancial ha podido resolver las dificultades de las sociedades contemporáneas, puesto que la igualdad entendida de manera sustancial implica valorar

la diferencia y combatir la discriminación que se manifiesta en los hechos (Pérez, s.f: 656-657).

La igualdad material surge a lo largo de la evolución del principio de igualdad en el constitucionalismo del siglo XX. Las Constituciones contemporáneas entienden que ya no es suficiente garantizar la igualdad en las leyes, sino que es necesario que el Estado actúe en la sociedad para conseguir una igualdad real en los ciudadanos (Pérez, 2002: 135).

En las Constituciones europeas surgidas después de la Segunda Guerra Mundial el principio de igualdad material aparece como excepción a la igualdad formal y como un mandato a los poderes del Estado de intervención en la sociedad. Estas medidas surgen dentro del marco de decisiones jurídicas y políticas que vislumbran una nueva concepción de Estado, esto es el Estado social y democrático de derecho. El Estado europeo de los últimos cincuenta años, el Estado intervencionista y protector, tienen como fundamento principal el principio de igualdad material, mismo que condiciona el funcionamiento de la Administración y obliga a tomar medidas de intervención (Pérez, 2002: 136).

La igualdad sustancial, denominada también real, material o efectiva, se entiende como una lucha más por la igualdad, la igualdad sustancial otorga una mayor similitud de la misma con la equidad como un principio que otorga a cada uno lo que le corresponde, es decir, se observa una íntima relación con la idea de justicia, por lo que surge como una necesidad de corregir y complementar las normas jurídicas. En conclusión, la igualdad sustancial persigue la eliminación de la oscuridad de las normas y considera a las

personas a las cuales se aplica dicha norma e intenta mitigar las normas de derecho estrictas tomando en cuenta las circunstancias particulares de las personas (Pérez, 2002: 136-137).

Respecto a la igualdad material, puede hablarse de al menos dos aproximaciones teóricas de este principio.

Por un lado tenemos la igualdad de oportunidades que busca igualar el punto de partida de las personas, a manera didáctica pondremos un ejemplo, en un concurso de baile los competidores lograrán igualdad sólo si todos comienzan el mismo tomando en cuenta las reglas establecidas para todos los concursantes, si es que el concurso empieza estableciendo reglas para unos y para otros no, los puntos de salida, entendidos como la prohibición para unos y la aprobación para otros generará desigualdad. Sin embargo, podemos observar que ello sólo generará una igualdad de oportunidades ya que si bien se permite el ingreso de cualquier participante al concurso, es evidente que no habrá igualdad de resultado, ya que sólo existirá un ganador (Pérez, 2002: 142).

La promoción de igualdad de oportunidades puede ser concebida a través de una mera obligación procedimental o por un carácter sustancial, en el primer caso implica la remoción o eliminación de obstáculos o barreras pero ello no es suficiente, por ejemplo permitir la entrada de las mujeres o minorías a puestos de trabajo no garantiza que efectivamente tendrán acceso al empleo y que sacarán ventajas de dichas oportunidades brindadas puesto que sus capacidades han sido limitadas por la desventaja social (Pérez, 2002: 142).

En cambio, si observamos a la igualdad material desde una manera más sustancial, esto implicará ciertas medidas especiales como acciones afirmativas para compensar las desventajas que suceden realmente o también denominadas “desventajas de hecho”. De esta manera el principio de igualdad de oportunidades pretende la redistribución del acceso a distintas posiciones de la sociedad pero no la distribución de dichas posiciones, ello genera el problema de acoplar a personas en posición de desigualdad a posiciones que rinden una remuneración, poder o prestigio desigual; la solución para ello es que si todos tienen un punto de partida igual, la posición que ocupen al final dependerá de ellos (Pérez, 2002: 142 y 155).

El liberalismo clásico partía de la tesis de que la igualdad de oportunidades era posible por medio de la asignación igualitaria de tres derechos fundamentales: la vida, la libertad y la propiedad, por lo que sólo si se eliminaban estos privilegios y se establecía una igualdad de derechos, no existía ningún obstáculo para lograr la posición adecuada acorde a la máxima capacidad (Pérez, 2002:155).

Sin embargo, más adelante se pudo notar que esta igualdad no era ya suficiente para hacer accesibles las oportunidades a aquellas personas que socialmente están en desventaja, por lo que se habló de la necesidad de distribuciones desiguales para llevar a los desiguales a un nivel en común de partida con aquellos que tenían ventajas, de esta manera se habló de la necesidad de privilegios jurídicos y beneficios materiales para los no privilegiados. Por lo que cuando se habla de igualdad de oportunidades se habla de la igualdad en el punto de partida pero no en el reparto definitivo de los bienes sociales, el cual va a depender de los méritos de cada persona concreta (Pérez, 2002:155).

Por otro lado, la teoría de igualdad en los resultados busca una igualdad en términos de equidad, a través de la participación de todos los grupos en el trabajo, en el acceso a la educación, en la capacitación y en facilidades para la adquisición de bienes y servicios, esto con el fin de superar la baja representación de los grupos desventajados en estos campos y de esta manera asegurar una participación equitativa en la distribución de los bienes, por lo que se tornan esenciales algunas medidas para superar la desventaja (Pérez, 2002: 156).

El primer resultado es que la igualdad sustancial implica más que tratar a las personas de manera igual, la igualdad sustancial implica además tomar medidas especiales y acomodar dichas diferencias (Pérez, 2002: 156-157).

### **1.3.- Categorías sospechosas de la discriminación**

El origen del término de categoría sospechosa lo encontramos en la doctrina del escrutinio estricto elaborada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, misma que introduce este concepto para determinar si una regulación afectaba o no el principio de igualdad ante la ley de un individuo (Iñiguez, 2014: sd).

En este sentido, las categorías sospechosas operan como límite del accionar del Estado respecto a distinciones que este desee aplicar entre las personas, sin embargo, la identificación de las categorías sospechosas dependerá del concepto de igualdad que haya adoptado la legislación. Esto quiere decir que, el concepto de categoría sospechosa variará dependiendo del concepto de igualdad como no discriminación o de igualdad como no sometimiento (Saba, 2004: 25).

Desde la visión de la igualdad como no discriminación, las categorías sospechosas se refieren a aquellos criterios utilizados para realizar diferencias entre las personas y que nunca podrían justificarse como criterios que puedan superar el test de proporcionalidad, un ejemplo de ello es la edad, estatura y apariencia exterior que serían consideradas como categorías sospechosas desde esta perspectiva. Que estos criterios sean considerados como categorías sospechosas, implica que quien realiza la distinción posee la carga argumentativa de que existe un interés estatal urgente o una excepción permitida por la ley o jurisprudencia para superar la presunción de inconstitucionalidad. Esto debido a que según el principio de igualdad y no discriminación está prohibido la utilización de cualquier tipo de categoría que no sea estrictamente funcional o instrumental para los fines de regulación, por lo que sería difícil identificar una actividad sea esta laboral, política, deportiva que pueda estar condicionada por la edad, sexo, raza, religión, apariencia física, etc., ya que si se desea contratar a una persona para que cumpla ciertas funciones, lo que se busca es saber si ella podrá cumplir las mismas, por lo que su aspecto es irrelevante por lo que si se usan dichos criterios para su contratación, se pondría en evidencia una decisión fundada en razones prohibidas ya que no son funcionales o instrumentales, y por ende, son inconstitucionales (Saba, 2004: 25-26).

Desde la perspectiva de igualdad como no sometimiento, las categorías sospechosas son aquellas que se refieren a una condición asociada con la caracterización de un grupo sistemáticamente excluido, sometido o juzgado por otro u otros, por ejemplo ser mujer. Esta perspectiva no reduce ni amplía las categorías sospechosas sino que las asocia con criterios divergentes o idénticos a los que identifica la perspectiva del principio de no

discriminación, pero por razones diferentes. Ello implica que no cualquier categoría superará el test de ser categoría sospechosas, sino sólo aquellas que correspondan a una categoría referente a un grupo sometido o juzgado, es así que las personas de baja estatura no corresponderían a este grupo, sin embargo una mujer, en la mayoría de países de América Latina es una categoría sospechosa desde la igualdad como no sometimiento, por haber sido históricamente sometidas y discriminadas (Saba, 2004: 26-27).

La distinción entre categorías sospechosas, correspondiendo estas a la igualdad como no sometimiento y categorías irrazonables, correspondiendo estas a la igualdad como no discriminación, implica que los agentes que llevan a cabo el trato diferente en virtud de estas categorías, tengan distintos niveles de exigencia argumentativa que justifique el trato desigual o un tipo de análisis diferente. En el primer caso, se debe demostrar la no existencia de una situación de sometimiento, exclusión o una relación de inferioridad y en el segundo caso, se debe demostrar la funcionalidad entre el criterio escogido y el fin buscado por la regulación (Saba, 2004: 27).

Por otro lado, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 080-13-EP-CC manifestó respecto a las categorías sospechosas que “son criterios utilizados tanto por el Estado, como por los particulares con miras a realizar diferencias que nunca parecerían justificarse; y que en otros casos se presentan también como justificativos utilitaristas apelando a categorías como: el orden jurídico, el orden público, la moral pública, las buenas costumbres, etc.”

En dicha sentencia también se menciona que las categorías sospechosas se encuentran mencionadas taxativamente en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, siendo estas “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”

### **1.3.1.- Condición de género**

En primer lugar, considero importante hacer una distinción entre el sexo y el género. De manera muy sucinta podemos decir que el sexo es la realidad biológica de nacimiento de una persona, mientras que el género es la percepción psicológica y social de una persona<sup>2</sup> (Baeza, 2015:67).

Sin embargo, si queremos encontrar una definición más completa respecto a estos términos, necesariamente debemos acudir a instrumentos internacionales puesto que son ellos quienes más avances han logrado en este tema. Es así, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en 2012 elaboró un estudio denominado Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes.

---

<sup>2</sup> La diferencia entre sexo y género ha ido perdiendo sus perfiles. Así las teorías feministas posestructuralistas llegan a plantear que el sexo se configura a partir de los discursos sobre el género.

En dicho estudio se manifiesta que sexo hace referencia a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, es decir a sus características fisiológicas, genéticas, hormonales y anatómicas sobre las cuales una persona es encasillada como hombre o mujer al momento de nacer (CIDH, 2012: 11).

Por otro lado, la CIDH en dicho estudio, utiliza el concepto otorgado por parte del Comité la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer por sus siglas en inglés) y manifiesta que el género hace referencia a las identidades, funciones y atributos construidos socialmente (CIDH, 2012: 11).

De estas premisas, podemos evidenciar la gran diversidad que puede existir, puesto que puede haber una persona cuyo sexo sea hombre, es decir sus características biológicas sean las de un hombre pero que se identifique con el género femenino, con todas las identidades o atributos construidos socialmente sobre este género. En este punto es importante establecer que esta situación adquiere mayor complejidad puesto que dichos atributos llegan a ser estereotipos impuestos por la sociedad como relacionar a la mujer con delicadeza, debilidad, vestidos, tonos rosas y al hombre en cambio con fortaleza, tonos oscuros, trabajo fuera de casa, etc.

El tema de la diferencia sexual entre hombre y mujer ha sido motivo de una construcción cultural, histórica y social de ciertas características e incluso se han asignado roles a cada uno de ellos, formando así estereotipos de masculinidad y feminidad, situaciones que se ejemplificaron en el párrafo anterior.

La construcción social de los sexos, hizo evidente las relaciones inequitativas entre ambos géneros y la condición injusta a uno de ellos: el femenino. La mujer a lo largo de la historia ha sido considerada como un ser con menor inteligencia y habilidades que el hombre, ha sido excluida del ámbito público y recluida al privado, destinándola a cumplir con roles supuestamente propios de su naturaleza, básicamente la reproducción y cuidado del hogar (Garbay, 2001: 109).

Siglos después de lucha por parte de grupos feministas, se logra el reconocimiento de los derechos de las mujeres, específicamente en 1979 cuando fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés). La importancia de este documento no sólo radica en que es considerado como el más amplio y específico en lo que a los derechos de la mujer se refiere, sino también porque por primera vez se otorga un concepto de discriminación, definiéndola en su artículo 1 como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado 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” (Garbay, 2001: 109-110).

La definición otorgada por la CEDAW tiene mucha importancia debido a que establece que no sólo las acciones pueden ser discriminatorias sino también los resultados, permitiendo así que una ley o política pueda ser discriminatoria incluso si es que pretende favorecer, si es que otorgando el mismo tratamiento a hombres y mujeres, los resultados anulan el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, en segundo lugar

porque define lo que se debe entender por discriminación contra la mujer y finalmente porque declara discriminatoria toda restricción basada en el sexo siempre que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos de la mujer en cualquier esfera. De cierta manera, la CEDAW, replantea el concepto de igualdad entre los sexos, puesto que establece que los hombres y mujeres son seres igualmente diferentes (Garbay, 2001: 109-110) (Arroyo, 2001: 431).

Considero que al establecer que hombres y mujeres son “seres igualmente diferentes”, se hace evidente que los seres humanos tiene una característica principal, esto es la diversidad, lo que este concepto trata de decir es que tanto hombres como mujeres deben ser tratados de igual manera en el campo normativo y son titulares de derechos fundamentales por el hecho de ser seres humanos pero que dicho ejercicio, a su vez no puede ser excluido por sus diferencias o características propias, en conclusión, somos diferentes pero iguales en derechos.

Por otro lado, la CEDAW rompe con estereotipos en torno al género masculino y femenino, puesto que a partir de dicha Convención, se establece que la mujer no está destinada ni necesariamente sólo vinculada al ámbito privado y el hombre al público, esta concepción permitió a su vez determinar que las mujeres sufren una serie de restricciones en la esfera pública y privada y en cualquiera de los campos, sean laborales, culturales, educativos, etc. Evidenciando al mismo tiempo, la larga lucha que aún posee el género femenino para realmente gozar de igualdad en el ejercicio de sus derechos.

Ahora bien, es importante que el principio de igualdad tome en cuenta ciertas condiciones que podrían potencializar actos discriminatorios y por consecuencia vulnerar el principio de no discriminación, a dichas condiciones las denominaremos categorías sospechosas y es justamente la condición de género una de ellas, debido principalmente a los que hemos manifestado en párrafos anteriores.

La igualdad como principio tiene diversas funciones, como la de cuestionar, cambiar o conservar las realidades sociales y justificar la existencia de determinadas normas. Por ello, al principio de igualdad se lo puede ver como una categoría histórica y relacional, lo que quiere decir que las concepciones de igualdad no son estáticas sino cambiantes (Arroyo, 2001: 424).

Esta categoría histórica del principio de igualdad, permite describir las diferencias que se presentan en un momento determinado entre los seres humanos, permitiéndonos obtener datos que nos aporta la realidad. Es evidente entonces que existe una vinculación entre la realidad y las normas por lo que el principio de igualdad trata de establecer cuándo está justificado establecer las diferencias en las consecuencias normativas y cuando no lo está (Arroyo, 2001: 425).

La teoría de género ha buscado dar respuestas a estas preguntas, pero antes de hablar respecto a cuáles han sido sus respuestas, es importante conocer sobre los planteamientos de esta teoría. La teoría de género ha basado sus estudios en una herramienta de análisis, siendo esta el género que ha dividido a mujeres y hombres en dos categorías, femenino y masculino, independientemente si sienten que corresponden con el sexo biológico o no, esta teoría manifiesta que se ha construido un sistema

desigual que perjudica a las mujeres, esto debido a que ellas se encuentran en una estructura social donde los valores asociados a lo masculino tienen supremacía sobre los valores asociados a lo femenino y por esta causa las mujeres reciben un trato discriminatorio y son el grupo oprimido o sometido (Cuadrado, 2010: 21).

La respuesta o propuesta que esta teoría ha dado es la igualdad entre los géneros, una igualdad que necesariamente implica la eliminación del sexismo y permita una aceptación de las diferencias entre los sexos. Esto de cierta manera implica que la igualdad al ser reflexionada desde un contexto de género, se trate de un juego de poder y por lo tanto es necesario erradicar los privilegios tradicionales masculinos aceptados como naturales y legitimados por el Derecho, ya que el sistema ha sido construido en torno a sus características sociales y físicas (Arroyo, 2001: 425-426).

Es decir, para que las mujeres gocen de igualdad es necesario que éstas tengan la oportunidad de no estar en un mundo vertido en su contra, por lo que para eliminar la discriminación es necesario que las normas androcéntricas, es decir aquellas por y para el hombre sean reemplazadas por otras que reflejen los cuerpos y experiencias de vida de hombres y mujeres (Arroyo, 2001: 426).

Pero no sólo la creación de normas tomando en cuenta las diferencias entre hombres y mujeres, sino también la adopción de medidas como acciones afirmativas, políticas públicas, programas educativos, sociales y culturales que rompan justamente con esta concepción sexista en la construcción social. Aunque el resultado final es la igualdad entre géneros, es evidente que el género femenino ha sido históricamente desplazado por

lo que la adopción de dichas medidas hasta equiparar en la realidad a los géneros va a ser fundamental.

Finalmente, considero importante lo que Javier Pérez Royo en su libro *Curso de Derecho Constitucional* manifestó, la igualdad constitucional afirma que los individuos son diferentes y lo que persigue es permitir que las diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas y garantizar el ejercicio del derecho a tales diferencias, la razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia (Pérez, 2012: 212).

Por lo que en conclusión podemos decir que, mujeres y hombres son diferentes y tienen derecho a serlo, sin embargo el ordenamiento jurídico debe tomar en cuenta dichas diferencias y garantizar primero una igualdad formal ya que están en las mismas condiciones, en el sentido de que son seres humanos, sin embargo también debe garantizar una igualdad material y marcar una línea de partida para los dos pero al mismo tiempo luchar contra la supremacía de lo masculino y realmente colocarlos en una situación de igualdad de oportunidades y resultados que permitan que los dos efectivamente ejerzan sus derechos.

### **1.3.2.- Condición de salud**

El Ecuador ha suscrito una gran cantidad de instrumentos internacionales, como convenciones, declaraciones y pactos que han sido ratificados por el Congreso Nacional (ahora Asamblea Nacional), mismos que son de carácter vinculante para el país y que en mucho de los casos requiere rendir cuenta del cumplimiento de estos instrumentos a través de informes de avance. En este sentido, las conferencias mundiales del Cairo

sobre población y desarrollo celebrado en 1994, y la de Beijing celebrada en 1995, establecieron obligaciones importantes en los temas de derechos sexuales y reproductivos y la igualdad de la condición de la mujer, respectivamente. Dentro de estos instrumentos se elaboraron programas o planes de acción que diseñaron lineamientos importantes para superar la tasa elevada de mortalidad materna, embarazos no deseados o precoces, cáncer de útero y de mama, infecciones de transmisión sexual, VIH y Sida, entre otros, adicionalmente se trató la necesidad de que las sociedad traten el tema de la sexualidad y reproducción humanas en términos de dignidad y respeto entre los géneros, la autonomía de las mujeres para tomar decisiones sobre su sexualidad y reproducción, el acceso a métodos de planificación familiar, entre otros (Conamu. 2004: 21).

Resulta sorprendente que a pesar de la existencia de dichas conferencias, en la actualidad no haya mayor desarrollo en cuanto a la discriminación por condición de salud de una mujer, para plasmar los avances respecto a este tema en el presente trabajo, se ha hecho un esfuerzo para encontrar doctrina, normativa y jurisprudencia que puedan darnos luces respecto a cómo se lleva este tema, sin embargo ha sido imposible encontrarla.

Lo que es evidente es que la condición de salud debe ser abordada dentro de la condición de género, debido a que existen enfermedades que solo aquejan a las mujeres y entrarían tener una condición de doble vulnerabilidad no sólo por su enfermedad sino en virtud de su género, por lo que en el presente trabajo enmarcaremos la condición de salud dentro de dicha condición

#### **1.4.- Acciones afirmativas**

El origen de la palabra acciones afirmativas (*affirmative actions*) está en Estados Unidos, por el movimiento por los derechos civiles de los afroamericanos, lo que buscaba este movimiento es la lucha contra la discriminación racial y desigualdades materiales producto de ello, posteriormente esto se trasladaría a otros ámbitos de discriminación grupal como el sexo, religión, origen étnico, entre otros (Lazo, 2005: 49).

En América Latina, en la década de los noventa empezó a crecer la demanda por parte de movimientos feministas nacionales e internacionales de muchos países, respecto al cambio en las estructuras de poder que favorecía únicamente al género masculino en ese entonces, es así que los grupos feministas de esta zona que habían evidenciado ya cambios en países europeos y norteamericanos en el acceso a la mujer al mundo laboral y económico, plantearon políticas de cooperación con perspectiva de género (Lazo, 2005: 51).

Estas reivindicaciones fueron tomadas en cuenta de cierta forma por los poderes públicos en lo atinente a la igualdad de acceso o igualdad de derechos de las mujeres a las diferentes esferas, es decir se habló de una igualdad formal en un inicio. Es así, que se llevaron a cabo reformas legales que eliminaron las limitaciones de autonomía política, económica, laboral, educativa, entre otras de la mujer. Esta igualdad de acceso dio paso a algunas medidas que pretendían algo más que la igualdad formal en los derechos de mujeres y hombres, con el objetivo de eliminar este desequilibrio entre los dos géneros, las principales medidas que surgieron fueron la de las cuotas políticas y la de erradicación de la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar (Lazo, 2005: 52).

Respecto a los derechos políticos de las mujeres, en muchos países se produjeron legislaciones para permitir una igualdad de resultados en los cargos públicos de elección popular o en la conformación del gobierno, esto se llevó a cabo mediante cuotas o cupos que aseguraban tendrían acceso a dichos cargos, esto a su vez llevó a que los gobiernos de la región firmen compromisos internacionales que buscaban la igualdad de la mujer, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Lazo, 2005: 52-53).

A pesar de que incluir en la legislación de algunos países la ley de cuotas significó un avance en cuanto a los derechos civiles y políticos de las mujeres, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en 1999 en su informe sobre Participación, Liderazgo y Equidad de Género en América Latina, manifestó que las mujeres de la región no poseen un avance en cuanto a sus derechos económicos, sociales y culturales. Este informe señala que se deben desarrollar no sólo políticas generales para la participación política, sino también políticas que aumenten capacidades y oportunidades a las mujeres (Lazo, 2005: 53).

Este informe evidenció que aunque se han implementado políticas a favor de las mujeres para garantizar su participación en cargos públicos, ello no se ha reflejado automáticamente y de forma inmediata en las oportunidades en el resto de ámbitos y para todas las mujeres (Lazo, 2005: 53).

Considero que a pesar de que este informe señala la existencia de avances en cuanto a derechos civiles y políticos de las mujeres, esto no ha sido suficiente, puesto que incluso garantizando una cuota de mujeres para cargos públicos, ello no significa que todas las

mujeres hayan efectivamente tenido acceso, y si tomamos en cuenta que muchas de ellas no tienen acceso ni si quiera a una educación, cómo podríamos hablar de que en efecto tienen acceso a cargos públicos.

Precisamente por ello, es importante que no sólo se garantice la igualdad de oportunidades sino también de resultados, puesto que de nada serviría que se permita el acceso de la mujer a cargos públicos si es que en el proceso de selección o en concursos de méritos y oposición se contemplan obstáculos para las mismas.

#### **1.4.2.- El concepto de acción afirmativa**

La acción afirmativa nace del concepto de discriminación indirecta y se refiere al conjunto de medidas cuyo objetivo es garantizar la igualdad de oportunidades, eliminando obstáculos que se oponen a la igualdad material entre personas y corrigiendo situaciones de victimización tradicionales (Pérez, s.f: 5).

Dentro del concepto de acción afirmativa se pueden distinguir tres acepciones, las acciones orientadas a defender los derechos sociales, las acciones dirigidas a la defensa de derechos colectivos y las acciones afirmativas como un tipo específico de políticas públicas.

El debate internacional desde la segunda mitad del siglo XX se enfocó en la necesidad de garantizar derechos que vayan más allá de la igualdad formal, como el derecho al voto, la libertad de expresión o el acceso a la educación. A partir de allí se introduce la idea de políticas públicas la noción de derechos económicos, sociales o culturales (en adelante derechos sociales), es así que surgen las acciones orientadas a defender los derechos sociales (Varas, 2013: 32).

Los derechos sociales garantizan el acceso real a cada miembro de una sociedad a los diferentes ámbitos sociales, acceso cuyos estándares mínimos o básicos deben ser delimitados acorde a un contexto de referencia. Ello implica aumentar las exigencias de acceso mínimo para toda la población en los diferentes ámbitos sociales, de esta manera a la noción de igualdad formal se suma la necesidad de garantizar una igualdad de hecho. Pero para que esta igualdad de hecho sea efectiva, cada individuo debe tener las mismas posibilidades que el promedio de la población de ocupar determinada posición social, ello implica que una persona no se encuentra en igualdad de condiciones cuando por su origen social, condición de género, origen étnico, entre otros, tiene una menor probabilidad significativa que los demás para acceder a determinada posición o bien social. Se habla así, de la imposibilidad de garantizar igualdad de oportunidades sin establecer condiciones de partida similares y generar las bases para una mayor igualdad de hecho en las distintas esferas sociales, ello implica la intervención en los ámbitos de la política, economía y educación (Varas, 2013: 32-33).

Es así, que en la política deja de considerarse suficiente garantizar el derecho al voto sino también igualar las oportunidades de acceso a la toma de decisiones a través del establecimiento de cuotas de participación en cargos de representación popular. En la economía, no basta ya el acceso al trabajo remunerado sino también otorgar las mismas posibilidades para acceder a empleos de calidad y obtener ascensos de ser el caso. En la educación ya no basta solo el acceso sino además la calidad de la enseñanza y la probabilidad de llegar a niveles educativos más altos, como la educación universitaria (Varas, 2013:33).

En este contexto, las acciones afirmativas están encaminadas al desarrollo de medidas especialmente dirigidas hacia aquellos grupos sociales que presentan menores oportunidades en cada uno de las esferas. Así, el objetivo es que a través de dirigir los intereses hacia criterios de preferencia o prioridad se logra eliminar barreras no sólo en el acceso sino también en los resultados (Varas, 2013: 33-34).

La segunda acepción del concepto de acción afirmativa está relacionada al reconocimiento de determinados sectores de la población, a ello se lo denomina derechos colectivos, estas acciones además de procurar mejorar las oportunidades de los sectores discriminados en los diferentes ámbitos sociales, plantea el reconocimiento de los derechos de los grupos discriminados con particulares características e identidades. El debate en torno a este tema ha tomado dos aspectos, por un lado el reconocimiento de las demandas surgidas desde los sectores discriminados y por otro, el derecho que tendrían determinados grupos a tomar las decisiones que les competen en aquellas áreas en la que sus intereses como colectivo se ponen en juego (Varas, 2013: 34-35).

En el primer punto, la discusión se centra en reconocer las demandas de los sectores desfavorecidos, como la población discapacitada, los adultos mayores y las mujeres. En el segundo punto, la discusión se ha centrado principalmente en el reconocimiento de estatuto de los pueblos indígenas y minorías étnicas.

En este contexto, las acciones afirmativas están encaminadas al desarrollo de un marco institucional que permita la adecuada dirección de las demandas de los sectores discriminados o desfavorecidos y el desarrollo de políticas que fortalezcan la

organización de los grupos discriminados para el despliegue de sus propias demandas (Varas, 2013: 35).

La tercera acepción del concepto de acción afirmativa, se refiere a las políticas públicas y es de carácter más restringido, se refiere a medidas que intervienen en determinado ámbito, introduciendo un criterio de preferencia o prioridad a favor de grupos que han sido históricamente excluidos o discriminados (Varas, 2013: 35-36).

Esta clase de medidas son provisionarias, se mantienen hasta terminar con la discriminación por la que se originaron, aunque están orientadas a lograr la igualdad de oportunidades y el reconocimiento de derechos colectivos, se distinguen de las demás porque el término de acción afirmativa tiende a confundirse con medidas de cuota, que como hemos visto en los párrafos anteriores, fue una de las primeras acciones afirmativas que surgieron (Varas, 2013: 36).

En conclusión, el término acción afirmativa hace referencia a tres tipos de medidas relacionadas entre sí que buscan disminuir la desigualdad en el acceso y logro en las diferentes esferas sociales, son medidas enfocadas a otorgar el reconocimiento y permitir las demandas de grupos discriminados y buscan introducir un criterio de preferencia o prioridad a favor de un grupo específico en el acceso a determinados beneficios sociales o en la promoción dentro de un sector social específico, lo que a su vez genera distintos niveles de intervención pública que a continuación analizaremos.

### **1.4.3.- Tipos de acciones afirmativas**

#### **a) Acción afirmativa según el grupo destinatario**

En este tipo, los destinatarios de las acciones afirmativas sólo pueden beneficiarse de ellas, si es que pertenecen a aquellos colectivos que históricamente han estado en desventaja respecto de las demás personas de la sociedad, siempre que esta desventaja sea atribuible a una discriminación basada en condiciones propias de los sujetos, como género, etnia, discapacidad, etc (Varas, 2013: 36- 37).

De esta manera, la pobreza, nivel de educación o situación laboral no serían por sí solos condición suficiente para la conformación de un grupo sujeto de acción afirmativa, ya que no son atributos inherentes a las personas y son situaciones susceptibles de modificarse. En esta línea, se descarta así políticas compensatorias en el campo educativo o mercado laboral, como medidas de acción afirmativa, salvo que estas incluyan específicamente en sus criterios aspectos como el género, etnia, edad o discapacidad, que vendrían a ser condiciones propias de las personas o sujetos (Varas, 2013: 37).

Así la acción afirmativa, contribuye a la progresiva configuración de actores sociales, ya que identifica a sus destinatarios como miembros de un grupo cuyos derechos colectivos se reconocen, ayudando a su visibilización y tomando en cuenta sus derechos y necesidades comunes (Varas, 2013: 37).

## **b) Acción afirmativa según el tipo de derecho**

En este tipo, nos referimos a las acciones afirmativas referentes a los derechos sociales y a los derechos colectivos asociados al reconocimiento del estatuto particular de determinados grupos sociales. Ello descarta las medidas para satisfacer los derechos individuales garantizados por el Estado a cada uno de sus ciudadanos, las políticas asistenciales orientadas a nivelar condiciones mínimas de subsistencia a determinados grupos, no pueden ser consideradas como acción afirmativa (Varas, 2013: 37).

### **1.4.4.- Niveles de acción afirmativa**

El despliegue de las acciones afirmativas se desarrolla en cuatro niveles donde se aplican estas clases de medidas, todas ellas relacionadas entre sí.

El primer nivel corresponde al derecho internacional, en este campo se ha elaborado y suscrito una serie de Pactos y Convenciones, donde se han reconocido y delimitado derechos sociales y colectivos, incluso en algunos de ellos se propone a los países suscritores el desarrollo y creación de medidas concretas para el cumplimiento de estos derechos (Vargas, 2013: 38).

El segundo nivel corresponde a la normativa interna de cada país, ello se relaciona directamente con el primer nivel, ya que una vez que se ratifican los pactos o convenciones internacionales suscritas, estos pasan a ser parte de ordenamiento jurídico interno, incluso cada Estado puede crear medidas complementarias adicionales a las contenidas en los instrumentos internacionales para cumplir e impulsar las medidas de las que hablan los Pactos o Convenciones (Vargas, 2013: 38).

El tercer nivel hace referencia a las políticas públicas de cada país, mediante acciones diseñadas y coordinadas por el gobierno se desarrollan y crean medidas tendientes a igualdad las oportunidades de los sectores discriminados en los diferentes ámbitos sociales. Ello se relaciona con el marco legal de cada país, pues los lineamientos generales de las políticas, en algunos casos deben ser aprobados por la función legislativa, ya sea mediante aceptación de presupuestos anuales o mediante leyes específicas e incluso es necesario la creación de organismos encargados al control y seguimiento de dichas políticas enfocadas a los sectores de la población discriminados (Vargas, 2013: 38).

Finalmente, el cuarto nivel se refiere a las iniciativas que no necesariamente surgen de la función legislativa o de la acción del gobierno, ellas son denominadas acciones de clase, y surgen por alegatos de particulares o de un colectivo, debido a que alguno de sus derechos no estaría siendo garantizado. Lo importante de estas acciones de clase, es que la decisión por parte del órgano competente no sólo se aplica a aquellos que la iniciaron sino a todos los que son discriminados por el hecho que dio origen, en este caso la acción actúa para garantizar a los ciudadanos que puedan defender sus derechos cuando sea necesario (Vargas, 2013: 38-39).

Ahora bien, no basta con la existencia de las acciones afirmativa sino que también es necesario saber practicarlas, el Informe Final del relator especial Marc Bossuyt para la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, hace referencia a la clasificación de las prácticas de acción afirmativa, siendo estas; medidas de movilización afirmativa, de equidad afirmativa y de preferencia afirmativa. Estas dos corresponden a las políticas

de acción afirmativa orientadas a la igualdad de oportunidades mientras que la tercera está orientada a alcanzar igualdad de resultados (Vargas, 2013: 39).

En dicho informe, se sostiene que la movilización afirmativa incluye todas las medidas de difusión, promoción y apoyo cuyo fin es favorecer el conocimiento de los derechos civiles y sociales, los cuales cada integrante de la sociedad es titular, pero cuyo ejercicio excluye a ciertos grupos debido a la desinformación, desconocimiento o falta de recursos para hacerlos valer (Vargas, 2013: 39).

La equidad afirmativa, por otro lado, se refiere a las medidas dirigidas a formalizar mayores garantías en la distribución de bienes sociales para asegurar que los miembros de determinados grupos sean tratados en forma equitativa. La mayoría de estas medidas se asocian con la creación de procedimientos formales para alegar tratos discriminatorios, procedimientos de revisión para velar por el cumplimiento de criterios no discriminatorios y otras medidas que busquen prevenir y eliminar prácticas discriminatorias no intencionadas<sup>3</sup> (Vargas, 2013: 39-40).

La preferencia afirmativa hace referencia a las medidas que implican que la sola adscripción a un determinado grupo, estipula la concesión o negación de ciertos bienes sociales. Por ejemplo cuando entre dos personas igualmente calificadas para un trabajo se da preferencia a una por razón de su género o raza o cuando se establecen desincentivos o se prohíbe que miembros de otros grupos soliciten determinados bienes

---

<sup>3</sup> Las prácticas discriminatorias no intencionadas son aquellas que aparentemente no producen una discriminación, sino que se tratan de medidas neutras pero que en la práctica o resultado evidencian una discriminación o trato diferente injustificado que afecta a una persona o determinado grupo de personas.

o derechos, un ejemplo claro de ello sería las leyes de cuotas que buscan eliminar las prohibiciones de que las mujeres ostenten cargos públicos (Vargas, 2013: 40).

En conclusión, existen tres acepciones de las acciones afirmativas, la primera pretende garantizar la igualdad de oportunidades en la participación en las diferentes esferas sociales, como decisiones políticas, ejercicio de derechos, educación, salud, información, etc. Lo que estas políticas pretenden es disminuir la desigualdad en estas áreas, por lo que ello implica garantizar no sólo el acceso sino también los resultados. Esto implica la calidad y equidad en la participación, además de incluir los derechos sociales más amplios y no sólo derechos mínimos como alimentación, salud o educación. La segunda pretende tomar medidas que reconozcan los derechos de grupos discriminados, de allí surgen dos tipos de políticas, las que persiguen levantar demandas de los grupos discriminados y las que generan condiciones para que sean los propios grupos los que decidan sobre las políticas que les atañen. Finalmente la tercera, se considera un tipo específico de medida, llamada también preferencia afirmativa, según la clasificación de Naciones Unidas y consiste en introducir de manera obligatoria un criterio de prioridad o preferencia a favor de un grupo para el acceso a ciertos bienes o servicios en un determinado ámbito social (Vargas, 2012: 41-42).

## **1.5.- Test de igualdad y proporcionalidad**

### **1.5.1.- Test de proporcionalidad**

Una vez que se trató de delimitar los conceptos de igualdad formal y real, en el ámbito constitucional surgen diversas técnicas, denominadas “test” para solucionar aquellos conflictos de igualdad y discriminación en el ámbito jurídico, así aparece el test de

igualdad, utilizado por las Cortes Constitucionales del mundo, especialmente por la colombiana y ecuatoriana. El objetivo de dicho test es realizar un análisis procedimental que permite al juzgador afirmar si respecto de una norma que está siendo sometida a control o una situación a la que se imputa una desigualdad, hay trato igualitario o un trato desigual, este examen abarca algunos puntos que veremos a continuación (Figueroa, s.f: 291-293).

Antes de abordar el test de proporcionalidad, es importante establecer que existen algunas semejanzas entre el principio de proporcionalidad del derecho continental europeo y el principio de razonabilidad de origen estadounidense, sin embargo lo que principalmente los une es la posibilidad por parte del órgano encargado de realizar un control de constitucionalidad, sea este difuso o concentrado, respecto al contenido de los actos estatales (Sapag, 2008: 180).

En el derecho continental, la razonabilidad se utiliza para analizar la constitucionalidad o legalidad de los motivos o razones que se alegan para justificar una desigualdad o trato diferenciado, es decir, existe una relación con la interpretación y aplicación del principio de igualdad. En cambio, la proporcionalidad realiza un examen respecto a la relación entre los medios y fines del acto normativo, por lo que se entiende que el test de proporcionalidad es un examen de ponderación entre dos principios jurídicos o derechos, este test parte de la tesis de que una norma que restringe o reglamenta un derecho fundamental, sólo es admisible si es que existen razones suficientes por parte del Estado para su implementación, por lo que el principio perseguido por la norma debe ser proporcionado al principio que protege el derecho fundamental restringido o regulado. Es decir, se denomina principio de proporcionalidad al criterio de análisis estructurado a

través del examen de tres subprincipios que permiten poner en notoriedad la proporcionalidad entre los principios en conflicto para saber si una norma es legítima es decir, constitucional (Sapag, 2008: 180).

El principio de proporcionalidad, aplicado de la forma en que lo hacen los países europeos, tiene tres juicios internos por los cuales se realiza el control de constitucionalidad de la norma. Se analiza la eficacia de la norma, es decir la idoneidad o adecuación, la eficiencia, es decir la necesidad de la norma y la proporcionalidad entre los medios y los fines, es decir la proporcionalidad en sentido estricto. Este análisis es utilizado como un control riguroso que se aplica, sobre todo, a las normas que regulan derechos fundamentales, por lo que si una norma no aprueba alguno de estos juicios que se aplican, es una norma que interfiere con el contenido esencial del derecho fundamental. Sin embargo, el test de proporcionalidad no es perfecto, ya que incluso atravesando estos tres juicios indirectamente puede existir el sacrificio de un derecho fundamental, cuando ante una finalidad importante se encuentran medios adecuados, necesarios y proporcionadas pero dañan el contenido esencial de un derecho, impidiendo su ejercicio justo y razonable (Sapag, 2008: 180-181).

En este caso por ejemplo, hablaríamos de aquellos casos trágicos en los que necesariamente se va a ver afectado uno de los dos derechos o principios que se encuentran en conflicto.

Por otro lado, el principio de razonabilidad, también conocido como debido proceso legal sustantivo, que es aplicado en el derecho estadounidense, es un control riguroso sobre las normas que versan sobre materias sensibles, sobre todo cuando se regulan las

libertades preferidas<sup>4</sup> o en ciertas materias del derecho a la igualdad como sexo, religión, condición social, etc., aunque es muy débil a la hora de controlar leyes de contenido económico, ya que se recurre a un escrutinio de menor intensidad, sin embargo, si se admite la posibilidad de un control de constitucionalidad sobre estas normas a partir de un examen de relación y ponderación entre los medios y los fines. (Sapag, 2008: 181)

Por lo que podemos evidenciar, que el test de razonabilidad y de proporcionalidad, no tienen una diferencia en cuenta a los parámetros utilizados para el examen de constitucionalidad, sino en cuanto a los casos en los que son utilizados y el nombre del mismo, es decir en Europa y algunos países de Suramérica se lo denominará test de proporcionalidad, mientras que en Estados Unidos y países como Argentina se lo denominará test de razonabilidad.

En el derecho ecuatoriano, se ha tomado el modelo europeo de control de proporcionalidad, incluso la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 3 numeral 2, establece el Principio de Proporcionalidad como herramienta para resolver contradicciones o conflictos que surjan entre principios o normas, que no puedan ser resueltas por medio de las reglas de solución de antinomias. Según este artículo se tomará en cuenta que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente legítimo, que sea idónea y necesaria para garantizar dicho fin y que

---

<sup>4</sup> La doctrina de las libertades preferidas (*preferred freedoms*) la cual ocurre en los países anglosajones, coloca a algunos derechos en posiciones preferidas, por lo que pone énfasis en la libertad de prensa y en los derechos personales sobre los derechos patrimoniales, lo que genera dos efectos, una presunción a su favor al realizar el test de razonabilidad y una reducción de la presunción de constitucionalidad de las leyes que interfieran con una libertad constitucionalmente garantizada. (Isique, s.f: 7)

exista un equilibrio entre la protección y la restricción constitucional, podemos también observar en sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana el desarrollo de este test.

#### **a) Los tres juicios internos o subprincipios del test de proporcionalidad**

Como mencionamos anteriormente, existe un sistema de tres subprincipios que se debe analizar en el test de razonabilidad o proporcionalidad y que deben ser aplicados de forma escalonada y excluyente.

El juicio o subprincipio de adecuación o idoneidad, busca detectar la finalidad de la medida para luego determinar si es constitucional y socialmente relevante. Una vez que se detecta el fin, se debe analizar si el medio es idóneo para alcanzarlo, es decir, es un juicio de eficacia ya que busca el medio de lograr de algún modo la finalidad propuesta (Sapag, 2008: 186).

Dentro de este primer juicio se abarcan tres puntos importantes, ¿Cuál es la finalidad de la norma?, ¿Es constitucional?, ¿Es socialmente relevante? Para realizar un control de constitucionalidad correcto, se debe investigar y determinar la finalidad o las finalidades que persigue la norma que está en juego, es posible que una norma o disposición no persiga una finalidad, por lo que en este caso deberá declararse la inconstitucionalidad, ya que toda norma debe perseguir una finalidad. Examinar la finalidad es lo que determinará la acertada aplicación de los siguientes juicios, por lo que el juez debe realizar una interpretación que no solamente explique la intención del legislador o evalúe los motivos, sino que descubra la finalidad real de ella, debe tomar en cuenta además las circunstancias fácticas y jurídicas extrínsecas, como los hechos, antecedentes, fuentes jurídicas de la medida, etc (Sapag, 2008: 189-190).

El siguiente paso consiste en verificar la legitimidad del fin normativo, dicha finalidad debe ser conforme a la Constitución y no estar prohibida explícita o implícitamente. Finalmente se debe determinar si la finalidad es socialmente relevante, esto quiere decir que la finalidad debe tender a la justicia y al bien común y no debe vulnerar el principio de subsidiariedad, es decir si la misma finalidad se puede lograr igual o más eficientemente sin intervención del Estado a través de los grupos o personas que lo componen, el Estado debe abstenerse de legislar en la materia. En conclusión, una norma que no persiga ninguna finalidad pública o que su finalidad sea inconstitucional o socialmente irrelevante debe ser declarada inconstitucional por el juez (Sapag, 2008: 190).

Se examina además la eficacia de los medios adoptados frente a la finalidad perseguida por la norma, es decir, una norma que establezca medios que no sean capaces de lograr la finalidad deseada debe ser declarada inconstitucional. La adecuación se debe analizar en el momento y las circunstancias de la aplicación de la norma, de forma que si era inadecuada al momento de su sanción pero es adecuada posteriormente, es proporcional. La adecuación debe también analizarse en forma abstracta, es decir si es que en general los medios no logran la finalidad o en el caso concreto para tal situación o tal sujeto, la norma es inadecuada, por lo que debe declararse su inconstitucionalidad (Sapag, 2008: 190-191).

Finalmente, la adecuación puede evaluarse y probarse por distintos medios, en ocasiones el juicio será técnico en relación a que deberá probar científicamente la adecuación de la medida. En caso de duda, en general, se debe estar a favor de la constitucionalidad, ya que la prueba recaerá sobre quien alega la inconstitucionalidad, por lo que basta que la

norma alcance de algún modo incluso parcialmente la finalidad, ya que lo que se juzga es la eficacia y no la eficiencia que se analiza en el tercer juicio del test (Sapag, 2008: 191).

El juicio o subprincipio de necesidad o indispensabilidad busca examinar el grado de proporcionalidad de la medida con respecto a otras igualmente eficaces o más eficaces aún, una medida eficaz no necesariamente pasará este test ya que lo que se busca es la eficiencia, es decir que la medida sea la más eficaz y proporcionada, por lo que si existen otras medidas más eficientes, la implementada no superará este juicio y deberá ser declarada inconstitucional (Sapag, 2008: 186-187).

Este juicio usualmente se formula en términos negativos, es decir, la norma debe ser la que menos restrinja el derecho fundamental entre otras normas eficaces, esta formulación es incorrecta ya que una norma que restrinja un derecho fundamental es inconstitucional, Bernal Pulido amplía la definición señalando que la medida debe ser la más benigna entre otras medidas igualmente eficaces. Lo que se analiza en este juicio es la eficiencia de la medida en comparación con otras medidas eficaces, la norma constitucional debe ser la más eficiente entre otras alternativas posibles, es decir, debe adoptarse la medida que mejor logre la finalidad propuesta, por lo que una norma ineficiente no superará el test (Sapag, 2008: 191).

Expresado en palabras concretas, el juicio de necesidad es un control de calidad de las normas que regulan los derechos fundamentales. Es una exigencia que la norma que se adopte para alcanzar la finalidad requerida, sea la mejor y no sólo la más adecuada, para ello es necesario tomar en cuenta las circunstancias de la medida como tiempo, modo y

lugar, por lo que la norma proporcional será la que entre otras cosas, sea la más económica, logre la finalidad en menor tiempo posible, conlleve menos esfuerzos para la comunidad, regule la menor cantidad de supuestos de hecho, etc (Sapag, 2008: 192).

Este juicio debe también ser aplicado para el caso concreto, ya que una norma considera en forma abstracta puede resultar proporcional pero analizada a los casos concretos puede resultar que hayan quedado incluidos algunos supuestos que no debían quedar comprendidos por la norma, sea porque se generaría respecto de ellos una carga no igualitaria o porque no son relevantes para el logro de la finalidad, ello se conoce como el defecto de vaguedad, es decir la ley no define con precisión los supuestos alcanzados de modo que genera incertidumbre, por otro lado también puede existir una norma infracomprendiva, es decir, una norma que deja afuera supuestos que deberían quedar comprendidos o también una sobrecomprensión, cuando una norma comprende más supuestos de los que debería alcanzar, todos estos defectos deben ser atacados en este juicio (Sapag, 2008: 192).

El juicio o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: se trata de una ponderación entre los principios en juego, Robert Alexy diseñó para este test, unas reglas de ponderación de carácter matemático, en las cuales se analiza y cuantifica el peso abstracto de los principios en juego y el peso concreto en el caso para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad. Es decir, se requiere que la medida mantenga una relación razonable respecto a su finalidad, es decir entre lo obtenido mediante la medida y lo que se impide por ello. (Sapag, 2008: 187)

Este juicio supone una valoración entre un derecho fundamental o un principio constitucional y el fin que origina su vulneración o menoscabo, a través de este juicio se establece si el beneficio obtenido por dicho fin, justifica la intensidad en que se menoscaban los derechos o principios, ello es lo que Alexy manifiesta al hablar de “cuál de los intereses en conflicto, de igual jerarquía en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto” (Sánchez s.f: 48)

El juicio de ponderación debe darse en dos aspectos, el normativo y el empírico, tomando en cuenta la intensidad en que se lleva a cabo un menoscabo de un derecho fundamental y el beneficio del interés que se le opone, que puede ocurrir en tres modalidades, grave, media y leve, por lo que cuando la intensidad del fin sea al menos similar a la intensidad de intervención en el derecho fundamental, la intervención debe considerarse justificada (Sánchez s.f: 50).

Dentro del análisis normativo se debe tomar en cuenta primero el significado que los bienes constitucionales en conflicto tienen en el ordenamiento jurídico, como segundo punto se debe analizar los niveles de intensidad con que se afecta un principio constitucional con su oponente, según la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la medida. El significado de un principio constitucional que garantiza una situación o posición jurídica, puede determinarse a través de su función en el orden constitucional, su condición para la realización del derecho fundamental y su relación positiva o negativa respecto de otras posiciones jurídicas (Sánchez s.f: 50-51).

Un aspecto principal de la ponderación es determinar los aspectos de un derecho fundamental afectado por una intervención legislativa, es decir la parte del ámbito

normativo afectado, mientras mayores sean las situaciones fácticas amparadas por un derecho fundamental afectado por una medida legislativa, más intensa será la intervención en él, en cambio, de mayor intensidad será el beneficio que obtenga el interés opuesto, si es que al restringir el derecho fundamental se satisface un mayor número de situaciones relacionadas con él. Es así, que al observar la afectación y beneficio, si un perjuicio a un derecho fundamental es igual en intensidad a la medida en que se favorece con él a un fin legislativo, la disposición que se promueve será legítima, es decir constitucional; si la intervención en el derecho es grave pero con ella solo se obtiene un beneficio leve para el fin, la disposición será ilegítima (Sánchez s.f: 54-55).

Por otro lado, el análisis empírico de la intervención legislativa en un derecho fundamental, debe tomar en cuenta los conocimientos científicos y dogmáticos que existen en la sociedad en determinado momento histórico, ellos deben construirse respecto de los elementos de eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración, lo que implica tomar en cuenta reglas básicas que establezcan que mientras más afecte en esos aspectos un derecho fundamental, más intensa será la intervención en éste de una medida legislativa. Se debe también tomar en cuenta el análisis de los fines mediatos e inmediatos de la medida de intervención al derecho fundamental, lo que genera a su vez reglas que necesariamente toman en cuenta la naturaleza normativa y el beneficio del fin que se busca realizar con la intervención en el derecho fundamental (Sánchez s.f: 55-56).

En otras palabras, para la estructura del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que Robert Alexy realiza a través de la ley de colisión, se debe primero, determinar la importancia del derecho fundamental y el fin legislativo que se le opone, segundo, comparar la relevancia de ambos, es decir, las intensidades en que el derecho

se beneficia por la intervención en él y formular una regla jurisprudencial entre dichas posiciones, que disponga cuál de los intereses debe ceder frente a otro en el caso concreto, si el protegido por el derecho fundamental o el principio constitucional que apoya el fin (Sánchez s.f: 56-57).

### **1.5.2.- Test de igualdad**

El test de igualdad a diferencia del test de proporcionalidad, no tiene un origen doctrinario sino más bien jurisprudencial, mismo que es creado por la Corte Constitucional de Colombia y posteriormente aplicado también por la Corte Constitucional de Ecuador.

Esta Corte, a raíz de su creación, ha establecido y aplicado algunos criterios para determinar el principio de igualdad, estos criterios han sido manifestados a través de diversidad versiones denominadas test o juicio de igualdad, siendo estas, el juicio de igualdad de influencia europea que sigue el modelo del principio de proporcionalidad que tratamos en los párrafos anteriores, el segundo juicio de influencia norteamericana que se basa en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad y un juicio integrado de igualdad que es una conjunción de los dos primeros juicios (Bernal, 2005: 457-458).

La primera versión del juicio de igualdad, adopta elementos del juicio de igualdad aplicado por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Alemán, y se estructura con base en el principio de proporcionalidad. La sentencia C-002 de 1996 de la mencionada Corte aborda con claridad este juicio, mismo que según ella abarca un test de razonabilidad, compuesto

por tres etapas, siendo estas, la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución y la razonabilidad del trato desigual, es decir la relación de proporcionalidad entre el trato y el fin perseguido, esta etapa, según la Corte se subdivide en la aplicación de los tres subprincipios de la proporcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Bernal, 2005: 459-460).

En dicha sentencia, la Corte termina estableciendo que en el caso del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si demuestra que, es adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido, es necesario, es decir no existe un medio menos gravoso u oneroso en cuanto a términos del sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin y si es proporcionado, es decir que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan mayor peso que el principios que se quiere satisfacer mediante dicho acto (Bernal, 2005: 460).

La segunda versión del test de igualdad, toma los elementos de la jurisprudencia norteamericana respecto a la aplicación de la cláusula *equal protection*, este juicio establece la existencia de distintos niveles de intensidad en los test de igualdad, se trata de una escala de intensidades para la aplicación del principio de igualdad, siendo estos medio, débil y estricto (Bernal, 2005: 463).

El escrutinio débil, llamado también *rational basis-test*, es la fórmula más utilizada para la aplicación del principio de igualdad en el derecho norteamericano, lo que busca es respetar las exigencias del principio democrático, por lo que se aplica este escrutinio por regla general dentro de los ámbitos más comunes en que se lleva a la práctica, como la

economía. Acorde a este test, para que un acto jurídico sea constitucional, basta que el trato diferente sea una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido en el ordenamiento jurídico. Este escrutinio posee dos exigencias, la primera es que el trato diferente tenga un objetivo legítimo y el segundo es que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo, es decir, un trato diferenciado es inconstitucional si su objetivo está prohibido por la Constitución o si el trato es inadecuado para alcanzarlo (Bernal, 2005: 463-464).

El escrutinio estricto, surge en la década de los sesenta como constatación de que el escrutinio débil, no era una herramienta adecuada para realizar juicios respecto a los tratos diferenciados que afectaban a grupos o intereses que habían sido discriminados históricamente y por ende necesitaban una protección especial por parte del Estado. Este escrutinio debe aplicarse cuando un trato diferenciado se fundamenta en criterios sospechosos como la condición social, orientación sexual, género, minusvalía, salud, etc. Para que el trato diferenciado de una persona o un grupo esté justificado, éste debe ser una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, ello quiere decir que el escrutinio estricto, también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferenciados al cumplimiento de dos exigencias, la primera es que la medida persiga ya no sólo un objetivo que no se encuentre prohibido sino además un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y el Estado, y segundo que la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo, es decir, la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada sino además necesaria para alcanzar el fin (la única o la más idónea). Estas dos exigencias implican que este escrutinio sea una excepción aplicable a las categorías sospechosas, donde los

poderes del Estado no disponen de amplios márgenes de apreciación o decisión, por lo que además en el escrutinio estricto existe una inversión en la carga de la prueba y de la argumentación, lo que quiere decir que mientras la medida no reciba una justificación razonable, se presume un trato inequitativo o desigual (Bernal, 2005: 464-466).

Finalmente, el escrutinio intermedio, busca ser una categoría entre el escrutinio estricto y débil, que se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias con base en los criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos históricamente desfavorecidos sino para intentar favorecerlos y así alcanzar una igualdad real, este es el caso de las acciones afirmativas. En estos casos aplicar el escrutinio débil no es adecuado puesto que la diferencia se basa en un criterio sospechoso y tampoco es conveniente aplicar el escrutinio estricto, ya que la diferencia no perjudica sino favorece al grupo históricamente discriminado. Este escrutinio se utiliza principalmente en dos situaciones, la primera es cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, y la segunda, cuando existe un indicio de arbitrariedad que se observa en la afectación grave de la libre competencia. Este escrutinio analiza también la constitucionalidad de las medidas que establecen diferencias, estableciendo dos exigencias, que la Corte Constitucional colombiana ha manifestado, la primera es que es legítimo el trato diferente que está ligado de manera real con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante, es decir que el objetivo del trato diferente sea importante y que entre el trato y objetivo exista una relación idónea, es decir que el medio no sólo sea adecuado, sino que efectivamente conduzca a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial (Bernal, 2005: 466-468).

El último juicio o test realizado por la Corte Constitucional colombiana, es el juicio integrado de igualdad, el cual combina las ventajas del juicio de igualdad europeo y el norteamericano, este test tiene tres etapas, la determinación del tipo de escrutinio, el juicio de adecuación y el juicio de indispensabilidad (Bernal, 2005: 469-470).

En la determinación del tipo de escrutinio, se debe determinar acorde a la naturaleza del caso, es decir, la materia o ámbito en que se incluye la medida, el nivel o grado de intensidad con el cual se realizará el test de igualdad, esta determinación es un paso previo a la aplicación de los subprincipios de proporcionalidad. Si en el caso concreto se trata una materia donde el legislador tenga un ámbito de apreciación amplio, entonces el escrutinio debe ser débil, lo contrario ocurrirá si el ámbito del legislador es restringido (Bernal, 2005: 470).

En el juicio de adecuación, cuando el juicio de igualdad es estricto, no basta que la medida logre materializar incluso de forma parcial, el objetivo propuesto, sino que además es necesario que la medida sea útil para alcanzar los propósitos constitucionales, en cambio, si se trata de un escrutinio débil, sólo se exige que la medida tenga una relación de idoneidad con el fin legítimo que se proponga (Bernal, 2005: 470).

Finalmente, el juicio de indispensabilidad, cuando el juicio de igualdad es estricto, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable, de esta forma, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación sería inconstitucional, en cambio, cuando el juicio de igualdad es débil, basta que la medida no sea evidentemente innecesaria (Bernal, 2005: 471).

## **CAPITULO 2. LAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DE LA DISCRIMINACIÓN. EL CASO DE EMMA ISABEL AGUAGUIÑA AGUAGUIÑA.**

En esta parte del trabajo desarrollaré el estudio de un caso específico sobre discriminación, el cual llegó hasta las instancias constitucionales. En este proceso se puede identificar con claridad que aunque el asunto fue planteado, desde el principio, como un asunto de discriminación, ninguna de las instancias centró su análisis en ese tema.

El caso referido es el No. 17156-2014-008 que se sustanció en primera instancia en la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha, a través de una Acción de Protección, misma que fue rechazada por la jueza. Posteriormente se presentó un recurso de apelación, el cual fue negado por la misma jueza que conocía la causa por considerarlo extemporáneo, contraviniendo así reglas jurisprudenciales emitidas por la Corte Constitucional que manifiestan que la labor del juez de primera instancia que conoce sobre un recurso de apelación de garantías jurisdiccionales, se limita a remitir el expediente al órgano competente, lo que generó que se solicite la revocatoria de la providencia que negada dicho recurso ante lo cual la jueza se negó. Debido a ello se presenta una Acción Extraordinaria de Protección y acontece una situación similar, ya que la jueza califica la misma y la rechaza, lo que nuevamente genera que la accionante solicite la revocatoria de la providencia que rechaza la acción interpuesta, ya que la calificación de dicha acción le corresponde a la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, sin embargo, la jueza niega la revocatoria por improcedente.

Y finalmente la recurrente interpone la Acción Extraordinaria de Protección directamente a la Corte Constitucional.

A continuación me adentraré en el análisis constitucional del caso, partiendo de la identificación de los hechos, del problema jurídico, de las resoluciones de los jueces y sobre todo de los argumentos de las partes y del juez.

### **2.1.- Hechos**

La señorita Emma Isabel Aguaguña Aguaguña obtuvo su título de abogada en el año 2007, por lo que en agosto de 2013, aplicó a un concurso anual de oficiales especialistas de la Escuela Superior Militar Eloy Alfaro (ESMIL), perteneciente a la Fuerza Terrestre del Ecuador.

Es así que vía internet ingresó su inscripción en el concurso, previo a la verificación de que cumplía con los requisitos exigidos por las normas del concurso por lo que le asignaron el número de concursante 85278.

Dicho concurso establecía dos tipos de evaluaciones que debían ser aprobadas y que se dividían en cinco etapas dentro del concurso, la primera se dividió en dos, siendo esta la evaluación psicológica y académica que constaba de una parte teórica y práctica, la señorita Aguaguña aprobó estas evaluaciones sin problema por lo que continuó en la siguiente fase del concurso.

La segunda evaluación era médica, misma que fue inicialmente realizada en el policlínico de la ESMIL, en dicha evaluación, según los lineamientos del concurso era necesaria una evaluación ginecológica y la ESMIL al no contar ese momento con un

especialista derivó a las aspirante a la Asociación Pro-Bienestar de la Familia Ecuatoriana (APROFE) a realizarse varios exámenes que incluía un “Papanicolau” (Paptest), el resultado de dicho examen que consta en el Informe de citología cervico-vaginal Bethesda 2001, emitido por dicha Asociación el 20 de enero de 2014, arrojó como resultado “NEGATIVO PARA LESIÓN INTRAEPITELIAL O MALIGNIDAD”

Al día siguiente la señorita Aguaguña acudió nuevamente al policlínico de la ESMIL para continuar con las pruebas médicas y entregar el resultado de los exámenes entregados por APROFE, sin embargo, una vez en el lugar le informaron que ya habían conseguido un especialista en Ginecología y que debido a ello, les realizarían un nuevo examen ginecológico, en el que se incluía una prueba de papanicolau. A pesar de que la señorita Aguaguña junto con las demás aspirantes, manifestó que dicho examen debe realizarse con un intervalo de al menos 3 meses en caso de que existan lesiones malignas, 6 meses en caso de sospechas de lesiones malignas y cada año cuando no se arroje ningún resultado de lesión maligna entre una prueba y otra y que no es recomendable practicarla a día seguido, ya que al obtener las muestras se generan pequeñas laceraciones que requieren de tiempo para cicatrizar, tal como lo manifiesta el certificado médico de APROFE, las autoridades de la ESMIL les indicaron que era necesario realizarse dicha prueba nuevamente para continuar en el concurso, por lo que la señora Aguaguña se la practicó nuevamente.

La señorita Aguaguña estuvo a la espera de ser convocada a las pruebas físicas con las cuales concluiría el concurso, sin embargo el 16 de marzo de 2014 consultó en el sistema informático de la ESMIL, en el cual se reflejaba que había sido calificada como “no idónea” sin ninguna explicación adicional, por lo que se acercó a la Comandancia

General del Ejército y conversar con el Mayor Germán Bravo, quien le manifestó que en el examen ginecológico practicado por el Policlínico de la ESMIL se evidenció que padecía una displasia cervical y vaginosis, por lo que le convertía en una candidata no idónea. Ante ello, la señorita Aguaguiña acudió a APROFE para pedir una explicación por la contradicción en los resultados, y le informaron que los resultados obtenidos en el examen practicado en dicha Asociación reflejaban que no padecía displasia cervical, ni vaginosis, por lo que cual se descartaba el resultado contradictorio del examen realizado en el Policlínico de la ESMIL.

Debido a ello, la señorita Aguaguiña solicitó al señor Presidente de la Junta de Selección de la ESMIL que le realice una revaloración médica y de los resultados obtenidos, ya que los resultados arrojados en los dos exámenes eran contradictorios, ante su pedido, el Mayor Germán Bravo le contactó mediante una llamada telefónica en la cual le manifestó que debía presentarse el 3 de febrero de 2014 en la Comandancia General de la Fuerza Terrestre para acudir al Hospital AXIS para realizarse una tercera prueba de papanicolau, situación que desde el punto de vista médico no era recomendable por las razones expuestas anteriormente, por lo que la señorita Aguaguiña accedió a realizarse un examen de sangre para descartar vaginosis, sin embargo manifestó que debido a recomendaciones médicas no se realizaría un tercer examen de papanicolau.

El 13 de febrero de 2014, la señorita Aguaguiña solicitó al señor Comandante General de la Fuerza Terrestre que rectifique la calificación como no idónea, debido a que la misma se había generado por haberse atribuido una patología que la señorita no padecía y por ende se le reintegre al grupo de aspirante a Oficiales Especialistas idóneos, sin embargo, dicha solicitud no fue contestada oportunamente, por lo que el 14 de marzo de

2014 presentó a la misma autoridad una nueva comunicación en la que solicitó se le confiera una certificación del tiempo transcurrido desde la fecha de presentación del escrito de 13 de febrero de 2014 hasta la fecha en que no se había emitido contestación alguna. Por lo que el 26 de marzo de 2014, la señorita Aguaguíña recibió en su casillero judicial señalado para el efecto, dos oficios suscritos por el señor Director General de Recursos Humanos de la Fuerza Terrestre, General de Brigada Carlos Rodríguez Arieta.

En el primer oficio, se ratifica el diagnóstico emitido por el Mayor de Sanidad Dr. Fernando Pérez, en el cual se manifiesta que la señorita Aguaguíña presenta “como patología ginecológica una VAGINOSIS + DISPLASIA CERVICAL, los mismos que son detectados tanto en el examen físico como en el examen de PAPANICOLAU, donde existe una vaginosis por Gardella + signos sugestivos de HPV (virus de papiloma humano) por lo cual debería realizarse otros exámenes complementarios de Colposcopia + Biopsia, por lo tanto se trata de una patología constituyendo causa de NO APTITUD para el ingreso. Presenta además un diagnóstico de dislipidemia; en tal virtud que de acuerdo a la DIRECTIVA N° 01-DISAFSA-2011, le impide continuar con el proceso de selección”.

En el segundo oficio, se señala que no procede emitir la certificación solicitada por la señorita Aguaguíña sobre el tiempo transcurrido sin respuesta a su petición, ya que si le había entregado una contestación pero que la señorita se había negado a recibirlo formalmente expresando que se encontraba satisfecha con las explicaciones recibidas, situación que la señorita Aguaguíña manifiesta que no es verdad.

Por los motivos expuestos, la señora Emma Isabel Aguaguña Aguaguña interpuso una acción de protección ante el Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito de Quito, alegando la vulneración de los derechos constitucionales: derecho a no ser discriminada, derecho al trabajo, derecho a la protección de datos sensibles y derecho a la seguridad jurídica.

## **2.2.- Problema jurídico**

La técnica de la identificación de problemas jurídicos, ya sea para el análisis de sentencias o casos, o para facilitar su resolución en sede judicial, tiene su desarrollo ya algún tiempo en el Derecho. En el caso de Ecuador ha llegado vía la doctrina y jurisprudencia colombiana.

Para el análisis del presente caso utilizaremos los aportes de Diego López Medina, quien en *El derecho de los jueces* señala que el problema jurídico es la pregunta que encabeza la línea de jurisprudencia y que el investigador intenta resolver a través de la identificación e interpretación dinámica de varios pronunciamientos judiciales, textos constitucionales o legales y demás materiales normativos que puedan ser utilizados. (López, : 156)

El problema jurídico debe construirse tomando en cuenta el escenario constitucional del derecho que se encuentra en conflicto, esto ayudará a que se conozca los diferentes escenarios en los que un derecho constitucional se ha litigado, con el objetivo de comprender el significado que el derecho en cuestión ha ganado a través de la jurisprudencia. Sin embargo, es importante tomar en cuenta que no todos los derechos que se encuentran en el mismo escenario constitucional deben ser resueltos de la misma

manera, esto debido a que la Corte puede estar dispuesta a valorar de diferente manera los casos, por un lado puede considerar las opciones individuales por encima de sus restricciones institucionales o de carácter paternalista o viceversa. Finalmente una vez identificados los posibles escenarios constitucionales que se desprenden de ese derecho, el juzgador pasará a formular de manera adecuada el problema jurídico que encabeza la sentencia, evitando errores de excesiva generalidad respecto al caso en concreto y en el caso de tener dos posibles problemas que versen sobre el mismo punto, el juzgador pasará a abrir espacio entre las dos opciones polares de respuesta de la pregunta (López : 152-157)

En el presente caso evidenciaremos que en primera y segunda instancia no se identifica problema jurídico alguno y en la Acción Extraordinaria de Protección, ante la Corte Constitucional se identifican varios problemas jurídicos, sin embargo, a pesar de que dichos problemas son procedentes, considero que los que la Corte menciona en su sentencia no constituyen el problema central del caso. Por tal razón en este trabajo hemos identificado como problema jurídico del caso:

*¿La orden de realizarse exámenes ginecológicos, para acceder a un cargo de oficial especialista en la Escuela Militar, es discriminatorio?*

### **2.3.- Los pronunciamientos judiciales**

El presente caso surge a raíz de la interposición de una acción de protección ante la jueza María Zoila Mero de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha, frente a la sentencia emitida por dicha autoridad en la que niega la acción de protección interpuesta, se presenta un recurso de apelación que es negado por la misma jueza por considerarlo extemporáneo, ante ello se presenta un recurso de

revocatoria el cual es negado por la misma jueza y finalmente en virtud de ello se presenta una acción extraordinaria de protección que es rechazada por la mencionada jueza, por lo que el abogado de la accionante decide interponerla directamente ante la Corte Constitucional del Ecuador, quien mediante oficio a la Unidad antes mencionada solicita el expediente completo del caso para que sea remitido a la Sala de Admisión de dicha Corte.

### **2.3.1- Acción de Protección**

Como sabemos la Acción de Protección es una garantía jurisdiccional que se encuentra contenida en el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional así como en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, la misma tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales y reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos, siempre que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección y acción extraordinaria de protección contra decisiones de justicia indígena.

El procedimiento para la tramitación de estas causas está determinado a partir del artículo 7 hasta el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y puede resumirse en los siguientes pasos:

- Interposición de la acción ante cualquier juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos.
- Calificación de la demanda
- Audiencia

- Terminación del proceso que puede ser por desistimiento, allanamiento o sentencia.
- Cumplimiento sea del acuerdo reparatorio en caso de allanamiento o de la sentencia.

La fase más relevante para nuestro estudio, es la Audiencia, pues en ella se manifiestan los argumentos de las partes, no solo los integrados en la presentación de acción, sino también otros que pudieran obtenerse del intercambio de los alegatos de los sujetos procesales.

El día 04 de agosto de 2014, a las 14:15 minutos en la ciudad de Quito, se llevó a cabo la audiencia de protección dentro de la causa N° 17156-2014-0008 de la señorita Aguaguña.

Los argumentos esgrimidos por parte del abogado defensor particular de la señorita Emma Isabel Aguaguña Ab. Emilio Esteban Salazar Suárez consistió en primer lugar, en explicar claramente los hechos que llevaron a interponer la acción de protección, mismos que fueron detallados en los párrafos anteriores. Posterior a ello, el abogado explicó los derechos constitucionales vulnerados de la accionante, es así que en cuanto al derecho a no ser discriminada, manifestó que el mismo se encuentra estipulado en los arts. 11 numeral 2 y 160 de la Constitución, que establecen la prohibición de discriminar por asuntos de salud, en especial para los concursos de ingreso a la carrera militar y que en el presente caso se evidenciaba su vulneración puesto que incluso en el supuesto de que la señorita Aguaguña padeciese las patologías que se le atribuyen, esa no sería causal para que haya sido calificada como no idónea, sin embargo, que de las pruebas

anexadas se constataba que la señorita ni siquiera padece dichas patologías y que en los oficios emitidos por las Fuerzas Armadas no sólo se ratificaba una condición de salud errónea sino que se ratificaba que no era idónea debido a ello, negando incluso la revaloración solicitada por la señorita Aguaguña, por lo que se evidenciaba la vulneración al derecho antes mencionado.

En cuanto al derecho a la seguridad jurídica, el abogado defensor señaló que el mismo hace referencia a la existencia de normas jurídicas previas, es decir, que puedan ser conocidas y aplicadas a las relaciones jurídicas, permitiendo que las personas gocen de un grado de certeza respecto a las consecuencias jurídicas de sus actos y de los procedimientos jurídicos que se llevan a cabo en diferentes ámbitos. Señaló que en el presente caso, dicho derecho se vio vulnerado debido a que por disposición de los oficiales a cargo del concurso la accionante acudió a APROFE para realizar el examen ginecológico el cual señaló que no posee ningún tipo de enfermedad, sin embargo, de manera arbitraria e incluso contraviniendo recomendaciones médicas expresas, le realizaron el mismo examen a día seguido en el Policlínico de la ESMIL, sin otorgar justificación alguna, puesto que se entendería que los resultados del examen emitidos por APROFE debían ser suficientes para otorgar la calificación necesaria, por lo que la muestra tomada en el segundo examen jamás podría brindar las garantías necesarias para descalificar a la señorita del concurso, puesto que el primer examen ocasionó laceraciones en la zona vaginal y por ende no era recomendable realizarse un segundo examen en tan corto tiempo. Adicionalmente la accionante jamás fue notificada de forma legal y debido con el resultado del examen, sino que se enteró a través del portal web del concurso, por lo que se evidencia que nunca se tomó en cuenta el examen

realizado por APROFE por disposición de los oficiales calificadores, lo que a su vez llevó a que se desconozca una revalorización puesto que para ello, se requiera examinar integralmente todas las pruebas y no solamente una de ellas, que fue lo que conllevó a la exclusión de la señorita del concurso, vulnerando así el derecho antes mencionado.

En cuanto al derecho al trabajo, el abogado manifestó que la accionante previo a postularse verificó que cumplía con todos los requisitos requeridos por el concurso, por lo cual no tuvo duda de que aprobaría todas las pruebas, descuidando incluso actividades profesionales en libre ejercicio de su profesión para dedicarse completamente a dicho concurso, sin embargo, con la decisión arbitraria tomada por las autoridades militares de excluirle del concurso, se restringió su derecho al trabajo, al ser una fuente laboral que aspiraba tener a corto plazo, por lo cual este derecho se vio vulnerado.

En lo referente al derecho a la protección de datos sensibles, el abogado defensor manifestó que, los antecedentes de enfermedades ginecológicas constituyen un dato sensible que debe ser manejado con cautela y debe garantizarse el derecho a la verificación por parte de la persona involucrada, situación que en el presente caso no ocurrió, puesto a que pese a existir una contradicción entre dos exámenes dispuestos por los oficiales, se aceptó sin el menor criterio una evaluación que perjudica a la accionante y le impone una enfermedad que no posee descartándose sin motivo alguno la evaluación inicial. Además que se debía considerar que la supuesta enfermedad ginecológica que padece la señorita Aguaguña quedaría registrada en el Ejército atentando inclusive contra su dignidad.

En esta primera intervención, el abogado defensor solicitó que se deje sin efecto el acto administrativo que califica como no idónea a la accionante, se ordene se proceda a autorizar el ingreso de la accionante como Oficial Especialista del Ejército por haber cumplido con los requisitos del concurso y finalmente que en el supuesto no consentido de que la pretensión anterior no pudiese ser ejecutable, se disponga el ingreso de la accionante de manera directa al siguiente Curso de Aspirantes para Oficiales Especialistas de la ESMIL, incluso en el supuesto que su edad supere entonces el límite previsto para el efecto.

Por otro lado, compareció el Dr. Manuel Rodrigo Domínguez Cabrera a nombre del Director General de Recursos Humanos del Ejército Ecuatoriano General de Brigada Luis Lara Jaramillo, quien manifestó que la acción de protección interpuesta por parte de la accionante tiene como fin proponerse en el menor tiempo posible, es decir tan pronto exista la vulneración del derecho constitucional, por lo que resultaba importante cuestionar ¿por qué la legitimada activa ha esperado 167 días para invocar derechos constitucionales? Cuando lo que procedía era que acuda a la justicia constitucional y hacer valer sus aspiraciones, es decir ingresar al curso como Aspirante Oficialista lo más pronto posible, en lugar de esperar 167 días para recién acordarse de que sus derechos constitucionales habían sido vulnerados.

En según lugar, manifestó que efectivamente existió el curso de militarización como Aspirante a Oficiales Especialistas para ciudadanos con títulos de tercer nivel, por lo que los aspirantes debían someterse a cinco tipos de pruebas, siendo estas, médicas, psicológicas, físicas, académicas y una entrevista personal, cumpliendo así con lo establecido en el art. 160 de la Constitución que estipula que los aspirantes a la carrera

militar y policial no serán discriminadas para su ingreso y que la ley establecerá los requisitos específicos para los casos en que se requiera de habilidades, conocimientos o capacidades especiales. Por lo que la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas en su art. 57 dispone que, los especialistas se reclutarán de los cursos que se organicen en los institutos superiores de formación de cada fuerza, en concordancia con el art. 11 del Reglamento de dicha ley que contempla que el procedimiento consistirá de llamamiento, requisitos, selección y alta; por lo que la Junta de selección de las Fuerzas Armadas decidió separar del proceso a 54 aspirantes que fueron calificados como no aptos en el examen médico y valoración de su salud mental, situación facultada por las normas antes mencionadas.

Respecto a los exámenes médicos, el abogado manifestó que efectivamente existieron tres exámenes practicadas a la señorita accionante, el primero arrojaba que padecía de “frotis de cérvix uterino inflamatorio moderado a severo” realizado por la Dra. Norma Almeida Norat el 26 de diciembre de 2013, el segundo realizado por APROFE en el que se arrojó como resultado “negación para lesión intraepitelial o malignidad” y el tercero realizado por el Dr. Milton Tapia que diagnosticó “moderado proceso inflamatorio cervicovaginal se sugiere realiza colposcopia y biopsia”, sin embargo, estos últimos exámenes no se realizaron por voluntad propia de la accionante, por lo que se evidencia que dos de los tres exámenes coinciden en que la accionante padece vaginosis + displasia cervical.

Expresó también que el art. 158 de la Constitución en su inciso segundo, establece que la misión de las Fuerzas Armadas es la defensa de la soberanía e integridad territorial, lo que genera que los servidores militares deben cumplir con dicha misión constitucional

para lo cual acuden a los centros de formación para adquirir conocimientos y destrezas, siendo una de ellas un entrenamiento físico militar fuerte y riguroso, por lo que tomando en cuenta el diagnóstico médico de la accionante, esta no iba a poder cumplir a cabalidad con la misión constitucional, puesto que su diagnóstico repercutiría en el servicio público óptimo, eficiente y de buena calidad que los servidores militares deben brindar.

Respecto al derecho a no ser discriminada, el abogado manifestó que acorde con el artículo 11 numeral 2 de la Constitución, nadie puede ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, sexo edad, estado de salud, sin embargo, que el hecho de que la señorita accionante haya sido diagnosticada con las patologías antes mencionadas, no significa que la institución militar la haya discriminado por su estado de salud, sino que más bien precautelando su integridad física, la junta de selección resolvió que no continúe en el proceso de selección ya que su patología le impide someterse a un entrenamiento militar severo y riguroso por el lapso de 6 meses, dentro del curso de militarización, situación estipulada además en la Directiva N° 01-DISAFA-2011 que regula el proceso de selección médico-odontológico y psicológico para la admisión de talento humano que ingresará a las escuelas de formación de las Fuerzas Armadas.

Respecto al derecho a la seguridad jurídica, se manifestó que frente a la existencia de dos diagnósticos médicos respecto a que la accionante padece una patología y uno que manifiesta que no es así, lo óptimo era someterse a una revalorización médica, es decir realizarse una colposcopia y biopsia, situación que no fue acatada por la accionante, por lo que ante ese panorama y acorde a las normas constitucionales, legales y

reglamentarias invocadas, la junta de selección tomó la decisión, lo que evidencia que se respetó la seguridad jurídica.

En cuanto al derecho al trabajo, el abogado manifestó que jamás existió una relación laboral entre la institución militar y la accionante, puesto que la señorita jamás fue militar en servicio activo, por lo que no se puede hablar de una vulneración al derecho al trabajo.

Finalmente, respecto al derecho a la protección de datos sensibles, manifestó que ningún momento la institución hizo público el diagnóstico médico de la accionante, sino que se publicó en la página web, sin embargo, sólo la accionante tenía acceso a dicha información por lo que no existía vulneración a este derecho.

En representación de la Ministra de Defensa Nacional, comparece el Ab. Arturo Adolfo Tinitin Ávila y manifestó que la naturaleza de la acción de protección debe ser entendida como un mecanismo idóneo cuando exista una vulneración de los derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública o de una persona particular, sin embargo, que en el presente caso se evidenciaba que los motivos que inspiraban esta acción estaban referidos a la no idoneidad de la accionante al participar en un concurso para obtener un cupo como oficial especialista de las Fuerzas Armadas, es decir, acoplarse a un sistema riguroso de selección, verificación, reclutamiento y evaluación dentro de varias etapas que debían ser aprobadas y cuya información de continuidad o no en el proceso de selección se encontraba en la página web, a la cual debía ingresar con un usuario y contraseña, a la que sólo la accionada tenía acceso, por lo que no existía vulneración al derecho a la protección de datos personales.

Enfatizó que las fuerzas armadas en su calidad de institución garantista de los derechos constitucionales de las personas y del Estado ecuatoriano convocó a un tercer examen, en base a la solicitud realizada por la accionante, manifestándole que el mismo se lo debía realizar el 3 de febrero de 2014 en la clínica AXIS, sin embargo, la accionante sólo se realizó el examen de sangre para descartar DISLIPIDEMIA, mas no el examen para descartar displasia cervical, manifestando su oposición y negativa a realizarse el examen, lo cual era un requisito indispensable para continuar en el proceso de selección, lo que derivó en el incumplimiento de uno de los requisitos esenciales del curso para ser calificada como oficial especialista, lo que fue el factor determinante para declarar como no idónea, por lo que no se vulneró su derecho a no ser discriminada por su condición de salud, ya que se la calificó como no idónea por no cumplir con uno de los requisitos del curso al negarse a practicar el examen. Es decir, las Fuerzas Armadas establecieron su idoneidad acorde a los lineamientos de mando y requerimientos establecidos en las leyes y Constitución que en el art. 222 faculta a dicha institución a realizar un concurso de méritos y oposiciones en la forma que determine la ley para ingresar al servicio público; es decir un sistema de reclutamiento y selección de personal donde se avalúa la idoneidad de los aspirantes, esta situación a su vez evidencia que la acción es improcedente puesto que existen vías alternas para resolver el conflicto, como la vía administrativa, ya que el conflicto surge por una cuestión de legalidad por la aplicación de normas y no por un derecho constitucional vulnerado por lo que solicita que se deseche la acción de protección.

Abierto el debate, se concedió la palabra al abogado defensor de la accionante para ejercer su derecho a réplica, en dicha intervención, se manifestó que la Corte

Constitucional ecuatoriana se ha pronunciado en varias sentencias respecto al tema de mera legalidad en acciones de protección, estableciendo que si la autoridad pública dicta un auto en el que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, sin observar el artículo 226 de la Constitución, que fija el campo de atribución de los funcionarios públicos se evidencia una violación de derechos, por lo que la acción es procedente simple y llanamente si existe una violación constitucional, ya que caso contrario se trataría de un acto de mera legalidad. Además el abogado manifiesta que el carácter cautelar de residualidad o subsidiariedad de la acción de protección, implica que la misma sea viable de forma directa sólo cuando no exista un proceso judicial mejor o más beneficioso para la persona que propone la demanda, por lo que la acción es procedente cuando la persona ve afectado sus derechos constitucionales, por lo que a pesar de que en la mayoría de casos de violaciones de derechos a través de actos de autoridad pública, también existe la posibilidad de acudir a la vía contencioso administrativa, ello no implica que la acción de protección no sea procedente contra dichos actos, ya que esta acción solamente requiere que exista violación de derechos constitucionales para que el afectado acceda a ella y el juez mediante sentencia evite o suspenda la violación de los derechos constitucionales.

Manifestó que en el presente caso se evidenció que la señorita accionante sufrió una vulneración de sus derechos constitucionales por lo que recurrir a la vía ordinaria sería permitir que el acto violatorio de derechos se consume provocando que por su edad, no pueda volver a participar en un concurso de aspirantes a oficiales del ejército, restringiendo su fuente de empleo, adicionalmente que se ha evidenciado que ha sido discriminada por haberse diagnosticado una patología que no padece.

El abogado representante de las Fuerzas Armadas, en la réplica manifestó que, en ningún momento se la discriminó a la accionante por un cuadro médico, sino más bien se la ha protegido, por lo que incluso se le solicitó que se realice un nuevo examen médico, sin embargo, la accionante se negó, por lo que incumplió con los requisitos que todos los aspirantes debían cumplir para que dé un servicio óptimo.

De igual manera, el Ab. Arturo Adolfo Tinitin Ávila, representante de la Ministra de Defensa Nacional, en la réplica manifestó que, se ha alegado la vulneración de derechos, sin embargo, la mera expectativa de tratar de ingresar a una institución pública no genera derechos, además que se ha observado que la accionante no cumplió con los requisitos para ingresar al Ejército ecuatoriano, manifestó que fue la misma accionante quien no accedió a la revalorización, incumpliendo con los requisitos indispensables para el ingreso a la institución, por lo que en ningún caso se ha vulnerado derecho alguno y menos aún derechos constitucionales, por lo que no cabe la presente acción y solicitaba su rechazo.

En la contrarréplica, el abogado defensor de la accionante manifestó que en virtud de los fundamentos de hechos y de Derecho, se acepte la acción de protección y se declare que el acto cuestionado vulnera los derechos constitucionales de la accionante, manifestando nuevamente las pretensiones de la señorita Aguaguña.

Una vez realizada la audiencia y transcurridos algunos días se dictó sentencia en el presente caso, misma que rechaza la acción de protección interpuesta por la señorita Aguaguña. Para identificar cuál fue la actuación de la jueza analizaremos los argumentos de la sentencia.

El día martes 12 de agosto de 2014, se dicta sentencia en el caso de la señorita Aguaguña, la sentencia consta de 26 hojas, de las cuales 23 hojas son una transcripción de la demanda interpuesta por parte de la accionante y el acta de la audiencia realizada.

La jueza encargada de la causa en 3 hojas, plasma lo que debería haber sido su *obiter dicta* y *ratio decidendi*, ahora bien, en el presente caso no se evidencia ningún análisis por parte de la jueza, por los siguientes motivos que expondremos a continuación.

Como manifiesta Javier Sancho Durán, el *obiter dicta* son observaciones complementarias contenidas en una sentencia, a pesar de que estas no son vinculantes, pueden tener cierta influencia persuasiva en otros tribunales.

Al concepto otorgado por el señor Sancho, le agregaría que dichas observaciones constituyen un aporte importante dentro de una sentencia, es decir, no se trata de observaciones poco importantes o innecesarias, sino de aportes o consideraciones relevantes que inclusive pueden ayudar a resolver el caso, es decir, son aquellas consideraciones relevantes que orbitan alrededor del caso.

En el presente caso, las consideraciones manifestadas por parte de la jueza, se limitan primero, a establecer que no se ha omitido solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión de la causa y por ende se valida la misma. En segundo término, la jueza declara su competencia para conocer y resolver la acción de protección.

Como vemos, esta consideración se limita a una transcripción de solemnidades que la ley establece que una sentencia debe tener, mas no se realiza un análisis respecto a ello.

En los considerandos tercero a sexto, la jueza se limita a enunciar algunos instrumentos internacionales importantes para la evolución de los Derechos Humanos, habla sobre la Declaración sobre el Desarrollo de las Naciones Unidas, la Convención Americana de Derechos Humanos, *Bill of Rights*, entre otros, concluyendo que la acción de protección ha sido creada para asegurar y facilitar la defensa de derechos humanos, valiéndose de una sentencia y resolución del antiguo Tribunal Constitucional ecuatoriano y la ex Corte Suprema de Justicia, respectivamente, sin embargo, nuevamente se evidencia que no realiza un análisis del porqué son importantes dichos instrumentos y normativa, cuál es la relevancia de los mismos en el presente caso y como debe aplicarse al caso.

Respecto a la *ratio decidendi*, Javier Sancho Durán manifiesta que se trata de los fundamentos jurídicos en que el tribunal o juez basa su decisión, mismos que tienen carácter vinculante para el propio juez o tribunal, dicho en palabras sucintas. Es decir, la *ratio decidendi* es el por qué el juez llega a la decisión, sin embargo ese por qué debe estar basada en fuentes del Derecho y demás instrumentos que efectivamente ayuden a resolver el caso.

En el presente caso, lo que más llama la atención de la sentencia es que, en el considerando séptimo y octavo, la jueza trata de establecer una *ratio decidendi*, ya que alega que la pretensión de la accionante, no se encuadra en el artículo 88 de la Constitución, que establece que “cuando una vulneración de los derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública o no judicial: contra políticas públicas, cuando suponga la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales”. Para enseguida de ello manifestar que “era obligación de la accionante, acorde con el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y

Control Constitucional describir en su demanda cual es el derecho constitucional vulnerado, la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, en caso que nos ocupa no se ha dado cumplimiento con el espíritu de la norma jurídica antes enunciada”. Adicionalmente manifiesta que “la presente acción no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 42 numerales 1, 3 y 4 de la ley antes mencionada (...) Por consiguiente y al no existir violación o acto legítimo alguno de los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador”

De la sentencia se desprende y evidencia que estos fundamentos, fueron a criterio de la jueza, suficientes para rechazar la acción de protección planteada por la recurrente, por lo que es importante analizar lo que dichos artículos establecen.

En primer término, se evidencia que la sentencia está escrita de manera incomprensible, puesto que la jueza al mencionar el artículo 88 de la Constitución, ni si quiera fue capaz de transcribir el mismo de la manera adecuada, lo que este artículo establece es el objeto de la acción de protección, manifestando que el mismo será el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y que podrá interponerse cuando existe una vulneración de los derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, políticas públicas cuando priven del goce o ejercicio de los derechos, etc. Lo que procedía después de mencionar dicho artículo, era realizar un análisis de si dicha acción era idónea para resolver el caso, sin embargo no se realiza ningún estudio, puesto que la jueza en seguida transcribe otro artículo, esta vez el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que a criterio de ella, establece la obligación a la accionante de describir en su demanda

cual es el derecho constitucional vulnerado, la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Ahora bien, dicho artículo no establece dicha obligación, sino que únicamente establece los requisitos de la acción de protección, siendo estos, la existencia de la violación de un derecho constitucional, la acción u omisión de autoridad pública o de un particular y la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Es así, que la jueza no sólo interpretó erróneamente el artículo, sino que incluso hizo caso omiso al precedente jurisprudencial obligatorio, por parte de la Corte Constitucional, ya que en la sentencia No. 117-13-SEP-CC, misma que incluso se hace mención en la demanda interpuesta por la accionante, la Corte manifiesta que “(...)la conclusión de que existen otras vías más adecuadas y eficaces que la acción de protección, le debe preceder necesariamente un análisis respecto de por qué los hechos presentados a la jueza o juez no configuran un caso para el cual la acción de protección no constituya el procedimiento adecuado. La ausencia de tal razonamiento, no solo constituye una vulneración a la obligación jurisdiccional de tutelar los derechos, sino una falta de motivación suficiente para adoptar la decisión de declarar la improcedencia de la acción de protección”. Es decir, la Corte obliga a que los jueces que conozcan una acción de protección y consideren que existen otras vías más adecuadas y eficaces que dicha acción, fundamente acorde a los hechos presentados por el accionante por qué la vía constitucional no es la idónea y eficaz para salvaguardar los derechos que se alegan vulnerados, situación que en el presente caso no realizó la jueza en su análisis.

En su análisis además, la jueza falta a la verdad, puesto que de la demanda y acta de audiencia se desprende que la accionante determinó claramente cuáles fueron sus

derechos vulnerados, cuál fue la acción u omisión que vulneró los mismos y justificó adecuadamente porqué la vía constitucional era la idónea y eficaz para precautelar sus derechos vulnerados, cumpliendo así con los requisitos contenidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Sin embargo, en el supuesto de que la accionante no hubiese cumplido con los requisitos contenidos en el artículo antes mencionado, al parecer la jueza desconocía el artículo 169 de la Constitución de la República, mismo que manifiesta que “(...) No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.” Esto quiere decir que es posible descartar algunas formalidades dentro de un proceso para llegar a un fallo motivado, es decir, la jueza tenía la facultad de subsanar cualquier situación meramente formal, puesto que debía entenderse que prima más la alegación de derechos constitucionales vulnerados que el cumplimiento de requisitos que la ley taxativamente enuncia, sin embargo, ello tampoco se evidenció en el presente caso.

Contraviniendo adicionalmente con jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador, misma que en sentencia No. 102-13-SEP-CC, caso No. 0380-10-EP señaló que “la nueva corriente del constitucionalismo, en la que el Ecuador está inmerso, cuestiona la posición del juez como un simple “director del proceso” o espectador, pues mira al juzgador avocado al activismo judicial en miras a precautelar los derechos constitucionales, cumpliendo un rol proactivo durante la sustanciación de las garantías jurisdiccionales de los derechos, comprometido en alcanzar una verdadera justicia, tomando el ordenamiento jurídico y la realidad social como su fundamento”

De igual forma, en la sentencia No. 146-14-SEP-CC, caso No. 1773-11-EP, se señala que “los jueces tienen un papel activo en el nuevo Estado constitucional de derechos y

justicia, el mismo que no se limita a la sustanciación de garantías jurisdiccionales observando los procesos convencionales, sino además al establecimiento de parámetros dirigidos a todo el auditorio social para la eficaz garantía de los derechos establecidos en la Constitución, como norma suprema que rige todo nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que conforme el texto constitucional, el contenido de los derechos se desarrolla de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.”

En el mismo sentido, la sentencia No. 020-10-SEP-CC, caso No. 0583-09-EP, la Corte Constitucional mencionó que “el juez de garantías jurisdiccionales, constituye: el custodio responsable del derecho sustancial disputado por las partes, y perceptivo de las condiciones materiales o sociales que rodean al hecho (...) con poder suficiente para disponer medidas de tutela urgente, o preventivas, también llamadas de satisfacción inmediata o precautorias, y reafirmando su voluntad de dar a cada uno su derecho en el momento oportuno”

Finalmente, la jueza al parecer también desconoce el Principio *Iura Novit Curia*, contemplado en el artículo 4 numeral 13, que establece que los jueces podrán aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.

En virtud de ello, considero que la jueza no cumplió los parámetros de una jueza constitucional, toda vez que no sólo no tomó en cuenta la jurisprudencia vinculante y la normativa invocada por las partes, misma que no pudo resolver aduciendo falta de formalidades y sin realizar un análisis pertinente del caso, sino además al no tomar en cuenta otros enfoques evidente en el presente caso, como lo es el enfoque de género y

sin utilizar instrumentos internacionales que contienen derechos humanos más desarrollados y beneficiosos para la mujer como la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, vulnerando así los derechos de la accionante.

#### **2.4.- Impugnaciones**

El 18 de agosto del 2014, debido a la sentencia que niega la acción de protección planteada por la señorita Aguaguña, se interpone un recurso de apelación de la sentencia dictada el día 12 de agosto de 2014 por la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha.

La accionante manifiesta que interpone dicho recurso ya que la sentencia emitida por la jueza, carece de un análisis de los fundamentos expuestos y demostrados, de los derechos constitucionales vulnerados por el acto administrativo cuestionado, por lo que la sentencia carece de fundamentación jurídica y motivación.

Adicionalmente, manifiesta que la sentencia carece de motivación debido a que si bien luce extensa ya que contiene 23 hojas, las 21 primeras hojas son meras transcripciones de la demanda y acta de audiencia y las demás simplemente hacen alusión a la competencia de la jueza para resolver la causa, la inexistencia de haber inobservado formalidades que pudieran afectar el proceso y finalmente que la accionante había logrado explicar con exactitud los derechos vulnerados, situación que la jueza manifestó en sentencia que no fue así.

#### **2.4.1- Pronunciamientos judiciales**

El 19 de agosto de 2014, la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha niega el recurso de apelación interpuesto por considerarlo extemporáneo.

Ante ello, la accionante interpone un recurso de revocatoria el 22 de agosto de 2014, manifestando que la jueza no ha observado la jurisprudencia vinculante emitida por la Corte Constitucional, ya que en la sentencia No. 001-10-PJO-CC, la misma manifestó que “Las juezas y jueces constitucionales que conozcan garantías jurisdiccionales, se encuentran impedidos para calificar la procedencia de un recurso de apelación. Su labor se limita a recibir el recurso interpuesto y remitir el mismo junto con el proceso, a la autoridad competente”

Adicionalmente, la recurrente manifiesta que se produjo un error en la providencia de la jueza puesto que la misma manifiesta que se interpuso el recurso en el sexto día, contando los días sábado y domingo, inobservando una vez más la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional, puesto que en sentencia No. 001-11-SCN-CC, la misma manifestó que “La norma prevista en el artículo 24, inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, relativa a la temporalidad para la presentación del recurso de apelación, no contraría la Constitución y ha de entenderse como días término y no días plazo”

En respuesta al recurso interpuesto, el 26 de agosto de 2014, la jueza de la Unidad antes mencionada, rechaza el recurso de revocatoria manifestando que acorde al artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional “Las partes

podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo. La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona o entidad accionada...” por lo que de acuerdo al análisis de dicho artículo, se evidencia que la sentencia fue dictada el martes 12 de agosto del 2014 y a partir de esa fecha han transcurrido los días hábiles martes 13, jueves 14, viernes 15, sábado 16 y domingo 17 de agosto de 2014, y la recurrente recién interpone el recurso de apelación el día lunes 18 de agosto de 2014, por lo que se evidencia que el mismo es extemporáneo.

## **2.5.-Acción Extraordinaria de Protección**

La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional contenida en el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, acorde a esta última ley el objeto de esta acción es la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencia, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violada por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

El procedimiento para la tramitación se encuentra contenido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y puede resumirse en los siguientes pasos:

- Presentación de la acción ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva.

- La orden de éste órgano de notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en el término de cinco días
- Calificación de la acción por parte de la Sala de Admisión en el término de diez días.
- En caso de inadmisibilidad, se archiva la causa y se devuelve el expediente al juez o tribunal que dictó la providencia y dicha declaración no es susceptible de apelación.
- En caso de admisibilidad, se procede al sorteo para designar el juez ponente quien debe elaborar y remitir el proyecto de sentencia al pleno y la decisión.
- Audiencia de la acción
- Sentencia

Ante los hechos mencionados en párrafos anteriores, la señorita Emma Isabel Aguaguña Aguaguña el 23 de septiembre de 2014, interpuso una acción extraordinaria de protección ante la jueza de la Unidad de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico Pichincha.

En la demanda, la recurrente identifica como decisión judicial impugnada, la sentencia emitida por la jueza antes mencionada, en la que niega la acción de protección planteada, demuestra haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios eficaces, manifestando que se le negó arbitrariamente los recursos de apelación y de revocatoria interpuesto dentro del término establecido por la ley. Comenta los antecedentes del caso, mismos que he señalado en los acápite anteriores.

Respecto a los derechos vulnerados, la recurrente manifiesta que se violaron sus derechos al debido proceso en su garantía de motivación, derecho a la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

Respecto al derecho al debido proceso, la recurrente manifestó que el mismo se encuentra contenido en el artículo 76 de la Constitución la cual establece que “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7) El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hechos. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. Menciona además que dicha obligación se encuentra contenida en la jurisprudencia vinculante emitida por la Corte Constitucional, la sentencia No. 025-09-SEP-CC, en la que se manifiesta que “Una de las tareas primordiales de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es la de proporcionar un razonamiento lógico y comprensivo, de cómo las normas y entidades normativas del ordenamiento jurídico encajan en las expectativas de solucionar los problemas o conflictos presentados, conformando de esta forma un derecho inherente al debido proceso, por el cual el Estado pone a disposición de la sociedad las razones de su decisión (...) La función principal de la motivación se deriva en el propósito del juez en evitar la arbitrariedad, armonizar el ordenamiento jurídico y facilitar el control social”

Indica que la sentencia que vulnera dicho derecho, si bien luce extensa al constar de 23 páginas, las primeras 21 páginas se trata de meras transcripciones de la demanda de acción de protección interpuesta y el acta de audiencia, las tres últimas hacen referencia a que se han cumplido con las formalidades de ley, que la jueza es competente para conocer la acción, se invoca el numeral sexto del artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y se manifiesta que sí se ha cumplido con el requisito de declarar bajo juramento el no haber interpuesto otra garantía constitucional, para adicionalmente determinar en el considerando séptimo que acorde con el artículo 44 de la ley antes mencionada, era obligación de la recurrente describir en su demanda cual es el derecho constitucional vulnerado, situación que no consta en dicho artículo ya que este artículo únicamente versa sobre los requisitos de la acción de protección, finalmente la jueza manifiesta sin realizar ningún tipo de análisis que la acción planteada no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 42 numerales 1, 3 y 4 de la mencionada ley y que no existe violación o acto ilegítimo alguno de los derechos consagrados en la Constitución. Por lo que se podía apreciar que la jueza no realiza ningún análisis respecto a las violaciones de los derechos constitucionales alegados y rechazó la acción de protección interpuesta.

Adicionalmente, la sentencia No. 001-10-PJO-CC, en la que determinó una regla jurisprudencial la Corte Constitucional establece que “(...) Las juezas y jueces constitucionales que conozcan garantías jurisdiccionales, se encuentran impedidos para calificar la procedencia de un recurso de apelación. Su labor se limita a recibir el recurso interpuesto y remitir el mismo junto con el proceso, a la autoridad competente”, es así a jueza de la mencionada Unidad Judicial, inobservó dicha regla jurisprudencial, al decidir

mediante providencia del 19 de agosto de 2014, la improcedencia del recurso de apelación interpuesto por ser extemporáneo. Es por ello que el derecho al debido proceso en su garantía de motivación, se vio vulnerado en el presente caso.

Por otro lado, la recurrente manifiesta que se produjo una violación al derecho a la seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Constitución, el cual en resumen, consiste en que los ciudadanos puedan prever las consecuencias jurídicas de sus actos, para lo cual es indispensable la aplicación real y efectiva de las normas previas vigentes, lo que en el presente caso no se evidencia ya que no era jurídicamente previsible ni correcto que la jueza que dictó la sentencia impugnada, pese a que tanto en la demanda como en la audiencia pública se alegó expresamente la vulneración de varios derechos constitucionales, haya fundamentado su sentencia con el argumento de que no se ha identificado ni descrito los derechos presuntamente vulnerados.

Como pretensión, la recurrente solicita que se acepte la acción extraordinaria de protección, que se declare que se han vulnerado los derechos constitucionales y que en consecuencia, como medida reparadora integral de los derechos fundamentales afectados, se acepte a trámite el recurso de apelación interpuesto.

En providencia del 24 de septiembre de 2014, la jueza de dicha Unidad Judicial, niega la acción extraordinaria de protección planteada por la recurrente por ser extemporánea, ya que a criterio de la misma, han transcurrido más de 20 días

En razón de ello, la señorita Aguaguña interpuso en recurso de revocatoria a la providencia que niega la acción extraordinaria de protección planteada manifestando que, mediante providencia emitida el 24 de septiembre de 2014, se ha vulnerado una vez

más su derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 75 de la Constitución, ya que se ha arrogado funciones que no le competen al inadmitir la acción extraordinaria de protección, por haber sido presentada de manera extraordinaria.

La recurrente manifiesta que el plazo establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se debe contar desde la fecha en la cual se ejecutoria la providencia con que se haya resuelto el último recurso planteado por el accionante respecto de la sentencia violatoria de derechos constitucionales, es decir en el presente caso, desde la providencia dictada el 26 de agosto de 2014, mediante la cual su autoridad negó el pedido de revocatoria de la providencia a través de la cual rechazó de igual manera sin tener competencia para hacerlo, el recurso de apelación interpuesto, por tanto la acción extraordinaria de protección fue propuesta dentro de término, sin embargo incluso en el supuesto no consentido de que la acción extraordinaria de protección hubiese sido presentada fuera de término, esta constituye un requisito de admisibilidad de la acción cuyo cumplimiento compete de la manera exclusiva a la sala de admisión de la Corte Constitucional, conforme el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Adicionalmente, la recurrente manifiesta que la Corte Constitucional en sentencia No. 001-10-PJO-CC, resolvió que “(...) Las judicaturas, salas o tribunales que dictan una decisión definitiva, y ante quienes se interpone una acción extraordinaria de protección están impedidos para realizar un análisis de admisibilidad, dicha competencia es exclusiva de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional. Las juezas y jueces, una vez recibida la demanda, deberán remitir el expediente completo a la Corte Constitucional, en un término de 5 días como lo dispone el artículo 62 de la Ley

Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”. Por lo que la jueza a través de su accionar desestimó en dos ocasiones el precedente jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional que conforme lo determina el artículo 436 numeral 6 de la Constitución, es una norma jurídica de obligatorio cumplimiento para todos los jueces en materia constitucional, lo que implica que ha incurrido en la causal de destitución del cargo conforme lo dispone el artículo 22 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por haber asumido una actitud arbitraria dentro de la sustanciación de la acción de protección, que se encuentra plagada de vulneraciones a los derechos constitucionales de la recurrente.

La jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha, mediante providencia emitida el 30 de septiembre de 2014, responde a la recurrente manifestando que, acorde al artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el término para interponer la acción extraordinaria de protección es de 20 días, por lo que de la sentencia de fecha 12 de agosto del 2014 dictada dentro de la presente acción de protección han transcurrido el término de 30 días hábiles, razón por la cual no se aceptó a trámite la acción extraordinaria de protección interpuesta por ser extemporánea, por lo tanto se niega la solicitud de revocatoria interpuesta por la recurrente por ser improcedente. Adicionalmente, la jueza advierte a la recurrente y a su abogado patrocinador que de continuar incidente en la causa se pondrá en conocimiento del Consejo de la Judicatura

Finalmente, la jueza el día 31 de octubre de 2014, ordena el archivo de la causa por haber transcurrido 58 días.

Considero que los argumentos esgrimidos por el abogado de la señorita Aguaguña fueron acertados y correctamente elaborados, toda vez que no sólo se basó en la normativa aplicable en este caso, es decir la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sino además utilizó la importante herramienta de la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador, la cual determina que los jueces que conocieron una garantía jurisdiccional no pueden calificar el recurso de apelación interpuesto en contra de su decisión sino que deben remitir a la autoridad competente, esto es la Corte Provincial, del mismo modo en cuanto a la calificación de la acción extraordinaria de protección, misma que no podía ser calificada por ningún juez ordinario sino que necesariamente acorde a la ley y jurisprudencia debía ser remitido a la Sala de Admisión de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, procesalmente los recursos interpuestos por el abogado de la señorita Aguaguña eran los pertinentes para refutar la sentencia de acción de protección y poder lograr que se proteja efectivamente los derechos de la accionante.

### **2.5.1.-Pronunciamiento de la Corte Constitucional de Ecuador**

La Corte Constitucional el 16 de diciembre de 2014, mediante oficio No. 6141-CCE-CG-2014, pone en conocimiento de la Dra. María Zoila Conforme Mera, jueza de la Unidad de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha y quien sustanció la acción de protección que, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional en sesión de martes 09 de diciembre de 2014, conoció la documentación constante en hoja de registro No. 6602 de 02 de octubre de 2014, escrito presentado por la ciudadana Emma Isabel Aguaguña Aguaguña, en el cual comunica a la Corte que en proceso de acción de

protección No. 008-2014 cuya sustanciación correspondió a dicha jueza se violó su derecho a la tutela judicial efectiva y la sentencia de jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional No. 001-10-PJO-CC.

De igual manera manifiesta que, la peticionaria señaló que por estar en desacuerdo con la sentencia de 12 de agosto de 2014, dentro de la causa mencionada, planteó recurso de apelación para ante la Corte Provincial, sin embargo, la jueza negó el recurso planteado, posteriormente presentó una acción extraordinaria de protección que fue inadmitida por la referida jueza con providencia de 24 de septiembre de 2014. Por lo cual solicita que se oficie a la jueza que sustanció la causa, disponiendo que remita inmediatamente el expediente No. 008-2014 a la Corte Constitucional, a fin de que se dé trámite a la acción extraordinaria de protección planteada.

La Sala de Admisión de la Corte, solicitó a la Unidad de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha remitir el expediente correspondiente a fin de que la Sala de Admisión se pronuncie en torno a la demanda de acción extraordinaria de protección planteada por la señorita Aguaguña.

Ante el oficio emitido por la Corte Constitucional, la jueza de la Unidad Judicial antes mencionada, responde el 22 de diciembre del 2014, solicitando se remita todo lo actuado a la Sala de Admisión de la Corte Constitucional.

## **2.5.2.- Acción Extraordinaria de Protección planteada directamente ante la Corte Constitucional**

El 10 de agosto de 2016 se emite la sentencia No. 253-16-SEP-CC por parte de la Corte Constitucional dentro de la acción extraordinaria de protección No. 2073-14-EP, promovida por la señorita Emma Isabel Aguaguña Aguaguña en contra de la sentencia dictada el 12 de agosto de 2014, por la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha.

El 15 de julio de 2014 la señorita Emma Isabel Aguaguña Aguaguña interpuso una acción de protección en contra del Director General de Recursos Humanos del Ejército Ecuatoriano, General de Brigada Carlos Rodríguez Arrieta, en la cual impugnaba el oficio No. 2014-010-E1-O-in del 25 de febrero de 2014, suscrito por la autoridad antes mencionada en la que se manifestaba las razones médicas por las cuales la accionante fue calificada como no idónea dentro del proceso de selección de aspirantes al curso de oficiales especialistas en la ESMIL. Acorde a la accionante, la actuación por parte de la institución militar mencionada, vulneró sus derechos a la no discriminación, al trabajo, seguridad jurídica y debido proceso.

En la sentencia emitida el 12 de agosto de 2014, la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha, resolvió rechazar la acción de protección planteada al considerar que no se cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 42 numerales 1, 3 y 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debido a ello la accionante presentó un recurso de apelación, mismo que fue negado por la mencionada jueza por considerarlo extemporáneo a través

de la providencia dictada el 19 de agosto de 2014, ante ello la accionante solicitó la revocatoria de la negativa haciendo referencia a la jurisprudencia vinculante dictada por la Corte Constitucional referente al tratamiento de los recursos de apelación planteados dentro de las garantías jurisdiccionales, sin embargo, dicha solicitud fue negada nuevamente por la jueza en mención a través de la providencia del 26 de agosto de 2014.

Finalmente el 23 de septiembre de 2014, la accionante interpuso una acción extraordinaria de protección contra la sentencia dictada el 12 de agosto de 2014, por la jueza de la unidad antes mencionada, misma que fue negada nuevamente por la jueza en mención a través de la providencia dictada el 24 de septiembre de 2014. Ante estos hechos, la accionante presentó dicha acción directamente a la Corte Constitucional a in de que le dé el trámite correspondiente.

En la demanda de acción de protección planteada por la señorita Aguaguña, la misma manifiesta que a través de la sentencia objeto de la acción extraordinaria de protección, se ha vulnerado su derecho al debido proceso en la garantía de motivación ya que si bien la sentencia luce extensa puesto que cuenta con 23 hojas, 21 de ellas son meras transcripciones de la demanda y acta de audiencia por lo que se observa que la jueza no realiza ningún análisis respecto a las violaciones de derechos constitucionales expresamente alegados en la demanda y audiencia, situación que no era jurídicamente previsible ni correcta por parte de la jueza, ya que negó la acción planteada alegando que no se ha señalado los derechos constitucionales vulnerados a pesar de que sí se lo hizo en la demanda y audiencia.

En cuanto a la negativa del recurso de apelación que mediante providencia emitida por la jueza de la mencionada unidad judicial, la acción alegó que la jueza vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica ya que inobservó la regla jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional a través de la sentencia No. 001-10-PJO-CC, ya que debía remitir el recurso con el expediente a la autoridad superior competente, sin que la jueza de primera instancia se pronuncie acerca del recurso interpuesto.

La jueza de Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha el 7 de abril de 2016, de manera extemporánea presentó su informe de descargo, mismo que contenía una transcripción de los antecedentes del caso que consta en la sentencia, por lo que la Corte Constitucional advirtió que el objeto del informe de descargo al que hace referencia el artículo 48 de la codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, es el de conocer por parte del juez o tribunal que emitió el fallo impugnado, los argumentos de descargo o contradicción con respecto a la vulneración de derechos que aduzca el legitimado activo en su demanda, situación que no se evidencia dentro del informe en mención.

### **2.5.3.- Audiencia pública**

El 4 de abril de 2016 se celebró la audiencia pública convocada por la jueza sustanciadora, en dicha diligencia la legitimada activa a través de su representante el Dr. Francisco Guerrero ratificó en todas sus partes los argumentos expuestos en la demanda de acción extraordinaria de protección y enfatizó que su defendida fue víctima de discriminación por un supuesto cáncer de útero que fue detectado en un examen médico

equivocado, situación que no le permitió continuar con el proceso de selección en el que estaba participando. Alega que frente a estos hechos, la jueza consideró la inexistencia de vulneraciones a derechos constitucionales por parte de las autoridades militares, alegó que su defendida no señaló los derechos constitucionales vulnerados ni logró justificar la inexistencia de vías judiciales adecuadas a través de las cuales se pueda solucionar el conflicto, aun cuando es conocido que la vía contenciosa administrativa tiene retardo en la tramitación en las causas, por lo que le convierte en una vía inadecuada para el presente conflicto y en consecuencia negó la acción de protección presentada. Señala que ante estos hechos, su defendida interpuso un recurso de apelación, mismo que fue negado por la propia jueza a quo, por lo que inobservó los procedimientos establecidos por la Corte Constitucional establecidos a través de su jurisprudencia.

En representación del Director General de Recursos Humanos del Ejército Ecuatoriano, compareció el Dr. Luis Fernando Naranjo, quien manifestó que la presente causa debe ser rechazada por el Pleno ya que la sentencia impugnada no vulneraba ningún derecho constitucional, ya que la situación del presente caso parte de una mera aspiración de la accionante a ingresar a la institución militar para lo cual debía aprobar una serie de requisitos y que en la parte médica no lo pudo hacer, por lo cual no pudo continuar con el proceso de selección. Manifestó también que acorde al artículo 160 de la Constitución se establece que a través de la ley se determinarán los requisitos con lo que deberá cumplir toda persona que aspire a las filas militares y policiales, por lo cual no se podía hablar de una discriminación hacia la accionante. Finalmente manifestó que la sentencia impugnada no tiene carácter definitivo ya que sobre la misma no se presentó recurso alguno por lo cual era improcedente el recurso extraordinario de protección.

En representación del Ministro de Defensa compareció el Ab. Édison Tenempaguay, quien manifestó que la legitimada activa no gozaba de un derecho adquirido sino de una mera aspiración, circunstancia que no aconteció ya que no pudo aprobar el procedimiento al que decidió someterse junto con otros aspirantes, manifestó también que la sentencia dictada por la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha cuenta con la debida motivación y garantiza la tutela judicial efectiva y que el recurso de apelación interpuesto por la accionante efectivamente había sido presentado fuera de los tres días hábiles que otorga la ley, por lo cual la jueza actuó en derecho.

En representación del Director Nacional de Patrocinio y del Procurador General del Estado, compareció el Dr. Bernardo Crespo, quien manifestó que la institución a la que representa no participó dentro del proceso de acción de protección llevado a cabo ante la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha, por lo cual no contaba con los elementos necesarios que le permita emitir un criterio o argumento dentro del presente caso.

#### **a) Problemas jurídicos**

La sentencia planteó los siguientes problemas jurídicos

1. La sentencia dictada por la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha, ¿vulnera el derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación previsto en el artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución de la República?

Respecto al derecho al debido proceso, la Corte manifiesta que una de las garantías básicas que asegura condiciones mínimas para tramitar un procedimiento, consiste en que toda resolución del poder público se encuentre motivada. Por lo que la motivación impone al juez el deber de expresar en la sentencia los motivos de hecho y de derecho que sustentan su decisión, con el objetivo de alcanzar una doble finalidad, por un lado, controlar la arbitrariedad del sentenciador, ya que le impone justificar el razonamiento lógico que siguió para establecer una conclusión y por otro lado, garantizar el legítimo derecho a la defensa de las partes, tomando en cuenta que éstas requieren conocer los motivos de la decisión para determinar si están o no conformes con ella.

Para resolver este problema jurídico, la Corte Constitucional realiza un test de motivación de la sentencia emitida por la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha, analizando cada uno de los parámetros del mismo, siendo estos razonabilidad, razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Respecto a la razonabilidad, la Corte manifiesta que a través de la sentencia No. 017-14-SEP-CC la corte manifestó que se refiere al “elemento mediante el cual es posible analizar las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que han sido utilizadas como fundamento de la resolución judicial”. Por lo cual a través del examen de razonabilidad necesariamente se debe constatar la identificación por parte de los jueces de las normas que les conceden competencia dentro del caso concreto, verificar que las disposiciones normativas invocadas en la decisión judicial sean conformes con la naturaleza y objeto de la controversia, de esta forma se tendrá certeza respecto de las

fuentes del derecho que han dado lugar a la decisión judicial y con ella se podrá establecer si se trata de una sentencia razonable.

La Corte considera que la jueza constitucional en su sentencia, si bien cita y delimita el marco jurídico relacionado a la acción de protección a través de las disposiciones constitucionales y legales, mismas que le conceden competencia para conocer la causa, así como también aquellas normas relativas a la naturaleza de la acción constitucional, no se refiere en absoluto a los preceptos constitucionales relacionados con el asunto de la controversia, por lo que se constata que la jueza no enunció las normas que consagran los derechos constitucionales vulnerados que fueron alegados por la accionante en su demanda. Es por ello que la Corte considera que la jueza constitucional, invocando las causales de improcedencia de la acción de protección previstas en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, omitió en sus argumentos elementos normativos constitucionales vinculados directamente con el caso, lo que implica por un lado que la jueza no realizó una aplicación integral del texto constitucional y frente a ello su análisis no se encuentra fundamentado en forma razonada ya que no se enunciaron todas las disposiciones constitucionales relativas al objeto de la controversia y que fueron señaladas por la accionante en su escrito, lo que generó una vulneración al derecho al debido proceso en la garantía de motivación respecto al elemento de razonabilidad.

Respecto a la lógica, la Corte manifiesta que ello implica que, el fallo debe ser coherente entre las premisas fácticas, es decir las causas, las disposiciones aplicadas al caso concreto, es decir las normas, y la conclusión, es decir la decisión final del proceso.

La Corte considera que a pesar de que dentro de la sentencia impugnada se identifica con total amplitud y claridad las premisas fácticas del caso, la normativa constitucional y legal que identifica los derechos constitucionales así como la naturaleza de la garantía jurisdiccional, no se evidencia que la jueza haya realizado un análisis o ejercicio intelectual alguno que busque evaluar de forma coherente, razonada y argumentada, la existencia o no de vulneración de derechos, ya que la jueza sólo expresa de manera directa la falta de señalamiento de un derecho constitucional, así como la improcedencia de la acción planteada acorde con el artículo 88 de la Constitución y se limita a concluir que la vía correspondiente es la contenciosa administrativa. Situación que para la Corte generó una vulneración al derecho al debido proceso en la garantía de motivación respecto al elemento de la lógica.

Respecto a la comprensibilidad, la Corte manifiesta que ella se refiere a que se pueda analizar la claridad con la que un operador de justicia ha transmitido sus razonamientos relacionadas con la razonabilidad y lógica en la sentencia, por lo que la misma debe estar estructurada de manera concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo además las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento utilizado para tomar la decisión.

La Corte considera que la sentencia carece de la debida razonabilidad y lógica ya que la jueza actuó al margen de las normas constitucionales y de su responsabilidad como jueza constitucional, por lo que al carecer de estos elementos, la sentencia pierde claridad y por ende carece de la debida comprensibilidad.

Finalmente, la Corte manifiesta que al no cumplir la sentencia con ninguno de los parámetros del test de motivación, existe una vulneración al derecho al debido proceso en su garantía de motivación.

2. Las decisiones de inadmitir el recurso de apelación y posteriormente la acción extraordinaria de protección por parte de la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha, ¿vulneraron los derechos a la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva por inobservar la sentencia vinculante No. 001-10-PJO-CC dictada por la Corte Constitucional, para el período de transición?

Respecto a la seguridad jurídica, la Corte manifiesta que la misma se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, y que la misma crea un ámbito de certeza y confianza ciudadana respecto a las actuaciones de los poderes públicos, ya que garantiza a las personas que toda actuación se realizará acorde a la Constitución y a una normativa previamente establecida, que será aplicada únicamente por parte de las autoridades competentes para el efecto.

La Corte considera que en el presente caso, la jueza constitucional inobservó los precedentes jurisprudenciales que de manera clara y determinante estableció la Corte Constitucional respecto al tratamiento de los recursos y acciones en garantías jurisdiccionales, cuando resolvió negar el recurso de apelación y la acción extraordinaria de protección planteados por la accionante, lo que generó la vulneración clara del derecho a la seguridad jurídica con el que goza la accionante, en la medida en que

irrespetó la obligación de aplicar las disposiciones previstas en la normativa jurídica y jurisprudencial, quebrantando con aquella certidumbre y previsibilidad jurídica con la que debe contar todo ciudadano

En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, la Corte manifiesta que se refiere al derecho constitucional que implica no sólo garantizar el acceso a los tribunales de justicia, sino además que se extiende a todo el proceso judicial, lo que significa que busca asegurar que las decisiones que se adoptan sobre determinada controversia sean efectivamente cumplidas. La Corte además manifiesta que este derecho tiene tres momentos en los cuales se desarrolla, estos son, el acceso a la justicia, la debida diligencia de los juzgadores o sustanciación y resolución del proceso en estricto cumplimiento con la Constitución y la ley y la ejecución de la decisión.

Respecto al acceso a la justicia como parte de la tutela judicial efectiva, la Corte manifiesta que se refiere al ejercicio del derecho de acción de las personas dentro del marco previsto por la Constitución y demás normas que integran el ordenamiento jurídico, con el objetivo de obtener de las autoridades jurisdiccionales el reconocimiento de sus derechos frente a los particulares y el Estado. La Corte considera que este derecho se vio vulnerado ya que la accionante, presentó un recurso de apelación a la sentencia dictada por la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha, mismo que fue negado por la propia jueza, atribuyéndose competencias que no le correspondían, ya que se encontraba impedida de calificar la procedencia de dicho recurso y además negándole de manera arbitraria el derecho a recurrir una sentencia, mismo que se encuentra contenido en el artículo 86 numeral 3 de la Constitución, de igual manera, la jueza resolvió negar la acción extraordinaria de

protección interpuesta por la accionante, atribuyéndose nuevamente competencias que no le correspondían, situación que generó que la accionante no tenga pleno acceso a los órganos de administración de justicia, por lo que se evidencia la vulneración al derecho al acceso a la justicia y en consecuencia el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, la Corte considera que la debida diligencia de los órganos de administración de justicia en el desarrollo del proceso, se define a través de la estricta observancia de las instituciones y mecanismos procesales por parte de quienes tienen a cargo la tarea de administrar justicia, por lo cual es necesario que las autoridades judiciales garanticen a las partes procesales un debido proceso donde se aplique las normas relacionadas al caso, se juzgue bajo los procedimientos preestablecidos y se permita la defensa de los intervinientes. A criterio de la Corte, la jueza constitucional al momento de negar el recurso de apelación e inadmitir la acción extraordinaria de protección, pasó por alto las reglas procesales dictaminadas por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, lo que implicó que la jueza no sólo actuó al margen de sus competencia y atribuciones sino que también inobservó los principios rectores de la administración de justicia, las garantías propias del derecho al debido proceso, es decir el derecho de acción y el derecho a recurrir, así como las prescripciones normativas constitucionales y legales, por lo que se vio vulnerado el presupuesto de la debida diligencia contenido en la tutela judicial efectiva.

Finalmente, la Corte analiza el último parámetro del derecho a la tutela judicial efectiva, este es la ejecución de la sentencia, la cual según la Corte, garantiza el cumplimiento integral y efectivo de la decisión judicial y evita que las partes queden en situaciones de desamparo judicial y además garantiza la plena efectividad de las medidas contenidas en

la decisión judicial, lo que implica que los jueces están en la obligación de resolver las diligencias, peticiones o recursos horizontales y verticales presentados en relación con el fallo. Acorde a la Corte, por no haberse cumplido las decisiones judiciales impugnadas, no cabe un análisis constitucional mayor respecto a una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación al incumplimiento de las resoluciones judiciales.

En el presente caso, en virtud de las atribuciones que le corresponden como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en dicha materia, tal como los establecen los artículo 429 y 436 numeral 1 de la Constitución y en virtud del Principio *Iura Novit Curia*, el cual acorde al artículo 4 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, faculta a que el juez pueda aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional, la Corte toma en cuenta las siguientes consideraciones adicionales.

3. La Dirección General de Recursos Humanos del Ejército Ecuatoriano, ¿vulneró derechos constitucionales de la ciudadana Emma Isabel Aguaguña Aguaguña?

Para contestar este problema jurídico, la Corte toma en cuenta el artículo 11 numeral 3 y 9 de la Constitución, mismo que a criterio de la Corte, implica que el Estado a través de sus autoridades y servidores públicos debe priorizar su rol garantista al aplicar en forma directa, es decir sin norma legal previa, los derechos garantizados en la Constitución como instrumentos internacionales de derechos humanos. Es así que el primer derecho analizado por la Corte es el derecho a la integridad personal para después abordar específicamente el derecho a la integridad personal, mismo que se encuentra contenido

en el artículo 6 numeral 3 y en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 5 numeral 1.

Para ello la Corte Constitucional hace mención al caso Velázquez Rodríguez vs Honduras, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que el derecho a la integridad física “hace referencia a la plenitud corporal del individuo; de allí que toda persona tiene derecho a ser protegida contra agresiones que puedan afectar o lesionar su cuerpo, sea destruyéndola o causándole dolor físico o daño a su salud.” Lo que a criterio de la Corte Constitucional, implica que toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier amenaza que ponga en riesgo su cuerpo o la salud del mismo. La Corte analiza los hechos contenidos en el expediente, mismos que fueron relatados en párrafos anteriores y considera que, la decisión adoptada por las autoridades militares de exigir sobre las aspirantes mujeres un segundo examen ginecológico, particularmente un examen de papanicolau, no poseía una justificación razonable, ya que las autoridades en ningún momento pusieron en duda la validez de los exámenes médicos practicados por APROFE, adicionalmente, acorde a lo demostrado en el proceso, se evidenció que la práctica reiterada de este examen ginecológico es contraindicado por médicos especialistas en la materia, ya que los resultados pueden verse alterados por las laceraciones que este procedimiento deja y porque pone en riesgo la salud y con ello la integridad física del paciente, situación que empeoró cuando las autoridades militares al encontrarse con exámenes contradictorios, propusieron la realización de un tercer examen similar, lo que hubiese implicado poner nuevamente en riesgo la integridad física de la aspirante, por lo que era natural que la misma se niegue a realizárselo otra vez ya que fue advertida de los riesgos y daños físicos que podría generarle.

Por ello, la Corte considera que la accionante no recibió por parte de las autoridades de la ESMIL un trato razonable que garantice su integridad física, a pesar de que ésta es una obligación de la autoridad pública, además, se observó que las autoridades de la ESMIL, sin justificación alguna y de manera arbitraria, pusieron en riesgo la salud de la aspirante vulnerando así su derecho a la integridad física consagrado en el artículo 66 numeral 3 de la Constitución.

La segunda consideración abordada por la Corte Constitucional, hace referencia a si las autoridades de la ESMIL vulneraron el derecho al trabajo al momento de imponer condiciones que arriesgaban innecesariamente la integridad física de la aspirante a fin de que la misma pueda continuar en el proceso de selección.

Al respecto, la Corte menciona la Declaración Universal de Derechos Humanos, misma que en su artículo 23 numeral 1 manifiesta que toda persona tiene derecho al trabajo, libre elección del mismo y a condiciones equitativas y satisfactorias de protección contra el desempleo, así como derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana. Adicionalmente hace referencia a la jurisprudencia No. 093-14-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional en la que se manifiesta que "el derecho al trabajo se constituye en una necesidad humana; que obligatoriamente debe ser tutelado por el Estado, a través del incentivo de políticas públicas que estimulen el trabajo a través de todas sus modalidades, así como también, a través de la protección de los derechos laborales de todas las trabajadoras y trabajadores."

La Corte toma en consideración que la aspirante hizo todo lo necesario para cumplir con los requisitos, méritos y capacidades para poder ingresar al curso para oficiales especialistas acorde a lo establecido en el artículo 329 de la Constitución y por ende las autoridades militares fueron quienes obstaculizaron dicho cumplimiento empleando criterios dentro del proceso de selección que causaron desmedro a la dignidad e integridad de la aspirante, ya que de manera insólita las autoridades exigieron injustificadamente el sometimiento a un segundo examen ginecológico además de idear como única alternativa para esclarecer los exámenes contradictorios el sometimiento a un tercer examen, situación que fue legítimamente rechazada por la aspirante en virtud de que se encontraba en juego su salud, es decir, a criterio de la Corte, la defensa que ejerció la accionante a su derecho constitucional a la integridad física, fue la excusa que utilizaron las autoridades militares para ratificar un resultado médico cuya veracidad se encontraba en dudas, así como para justificar una supuesta falta de idoneidad de la aspirante, situación que generó un impedimento al acceso al trabajo, vulnerando así este derecho contenido en la Constitución.

La última consideración tomada en cuenta por la Corte, es relativa a la pretensión de la señorita Aguaguña respecto a que se ordene el ingreso como oficial especialista al Ejército Ecuatoriano, o en su defecto, se disponga el ingreso al curso para oficiales especialistas de la ESMIL, incluso cuando a la fecha en que se dicte sentencia haya sobrepasado la edad máxima requerida por la institución militar, ello debido a que la Corte considera que por haberse identificado la vulneración de derechos constitucionales por parte del Ejército Ecuatoriano se ha afectado el proyecto de vida de la legitimada

activa, ya que se generaron obstáculos que impidieron la realización personal y profesional, que en su momento era ser oficial especialista del Ejército Ecuatoriano.

En virtud de ello, la Corte considera que el hecho de que se haya solicitado por parte del Ejército Ecuatoriano la práctica de exámenes que ponen en riesgo la vida de la mujer, hace inferir en un posible trato discriminatorio, ya que se incurre en las denominadas categorías sospechosas, ya que estos exámenes son practicados únicamente sobre un grupo determinado de personas, en este caso mujeres. Por lo que la práctica de dicho examen, cobijada bajo un velo de aparente trato igualitario, en realidad constituye una distinción por el resultado de su aplicación a las mujeres, por lo que dicho examen merecía una justificación por parte de las autoridades correspondientes en relación a la razonabilidad de la medida que establecía una distinción, situación que no se evidenciaba en el presente caso.

Por ello, la Corte al ver afectado el proyecto de vida de la accionante así como la posibilidad de que se haya generado un trato discriminatorio por su condición de género, acepta el pedido efectuado por la misma.

En sentencia, la Corte Constitucional decide declarar la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de motivación, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, integridad personal y derecho al trabajo y aceptar la acción extraordinaria de protección planteada.

Como medidas de reparación integral decide dejar sin efecto la sentencia dictada el 12 de agosto de 2014 por la jueza de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito Centro Histórico de Pichincha dentro de la acción de protección No. 008-2014, dejar sin

efecto el oficio No. 2014-010 del 25 de febrero de 2014, en el que se ratifica la calificación de no idónea para continuar el proceso de selección a la señorita Aguaguña y en consecuencia se le permita a la aspirante continuar con el proceso de selección, sin que se pueda argumentar como falta de idoneidad su edad y exhortar a las Fuerzas Armadas, en todas sus ramas, que a través de sus unidades administrativas de talento humano verifiquen sus normas y políticas internas de selección de personal con el objetivo de eliminar toda práctica de pruebas médicas establecidas como requisito, que pueda afectar la integridad física de las personas o sea discriminatoria en su objeto o resultado.

## **2.6.- Solución alternativa**

Los problemas jurídicos planteados en la sentencia si bien pueden ser deducidos por los hechos y la demanda, no constituían el problema jurídico central que debía analizar la Corte Constitucional, situación que resulta extraña ya que incluso la misma Corte al final de los párrafos de su sentencia menciona un posible trato discriminatorio y la falta de razonabilidad por parte de las Fuerzas Armadas al exigir un examen ginecológico dentro de un proceso de selección.

Es por ello que considero que la Corte Constitucional debía analizar el presente caso a la luz del principio de igualdad y no discriminación y realizar un test de igualdad para verificar si en efecto la solicitud hacia las mujeres aspirantes a un cargo de oficial especialista de realizar un examen ginecológico vulnera el principio de igualdad y no discriminación de las mismas.

Por lo que a continuación se realizará un juicio integrado de igualdad como solución alternativa al presente caso.

Como se manifestó en párrafos anteriores correspondientes al primer capítulo de este trabajo, el juicio integrado de igualdad es una simbiosis entre el juicio de igualdad europeo y norteamericano, el cual contiene tres etapas, la determinación del tipo de escrutinio, el juicio de adecuación y el juicio de indispensabilidad.

Este test supone varias pasos, por lo que partiremos identificando la medida que debe ser analizada en aras de determinar si constituye una vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

La identificación de las medidas a analizar podría ser:

- El examen ginecológico que se solicita sólo a las mujeres
- La decisión de declarar no idónea a la señorita Aguaguiña por motivos de salud

Se elegirá la primera medida debido a que la segunda depende de que la primera apruebe el test de igualdad.

El segundo paso dentro de este test implica la determinación de los presupuestos del caso, estos son:

#### **a) Presupuesto 1**

La prohibición de trato diferenciado y obligación de protección y promoción de grupos vulnerables, mandatos contenidos en el artículo 11 #2 de la Constitución de la República del Ecuador.

El principio de igualdad posee cuatro mandatos esenciales a tomarse en cuenta, siendo estos: un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no poseen ningún elemento común, un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias, es decir un trato igual a pesar de la diferencia y un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero donde se evidencia que las diferencias son más relevantes que las similitudes, es decir un trato diferente a pesar de la similitud. (Bernal, 2005: 453)

En el presente caso, existe una injerencia en el principio de igualdad en virtud de que se discrimina, ya que hay una medida que *prima facie* va en contra de este principio, ya que se debe dar a las personas en condiciones iguales un trato igual, situación que se desprende de los hechos del caso, debido a que los aspirantes tanto hombres como mujeres estaban en igualdad de condiciones y les aplicaba la misma normativa dentro del proceso de selección.

Por lo que en este punto debemos preguntarnos si es que ¿Hay razones constitucionales suficientes para dar este trato diferenciado?

## **b) Presupuesto 2**

En este punto debemos conocer qué tipo de escrutinio se debe aplicar, en este caso el escrutinio es estricto ya que la condición de género se enmarca dentro de una categoría sospechosa, pues se trata de un criterio potencialmente discriminatorio y está

taxativamente numerado dentro de las categorías sospechosas del artículo 11 numeral 2 inciso segundo de la Constitución.

El tercer paso es la aplicación del test de proporcionalidad de escrutinio estricto.

### **2.6.1.- Test de proporcionalidad**

#### **a) Idoneidad**

Como manifiesta Carlos Bernal Pulido en su obra *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales* “Toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo”

Ello quiere decir que la medida que se analiza no solamente debe ser constitucional sino que además debe fomentar o ser útil para cumplir un fin constitucionalmente legítimo.

Hilando fino se podría decir que la medida analizada si tiene un fin idóneo constitucionalmente hablando, este es el derecho a la salud considerando las necesidades específicas de las mujeres, sin embargo, una propuesta así debería ser directamente rechazada, ya que se podría argumentar exactamente lo mismo para el caso de los hombres y sin embargo no se previó un examen similar para ellos, pero además lo más importante es que aunque se previeran para ambos dichos exámenes con lo cual se estaría supliendo la igualdad de oportunidades, el ingreso o no a un puesto de trabajo no puede estar supeditado a los resultados de un examen de salud.

Debido a ello, la Corte Constitucional debió declarar la inconstitucionalidad de la medida por no pasar ni si quiera el primer parámetro del test de proporcionalidad, es decir la idoneidad.

Por motivos académicos sin embargo trataremos de seguir realizando el ejercicio.

Recordemos que al ser un test de igualdad de escrutinio estricto, la medida no solo debe cumplir con un fin constitucionalmente legítimo sino que además debe fomentar o ser útil para dicho fin, en virtud de ello debemos responder a la siguiente pregunta.

¿La medida de solicitar exámenes ginecológicos a las mujeres que quieren acceder a la ESMIL es útil para el fin constitucional señalado o lo fomenta (derecho a la salud)?

En respuesta a esta interrogante podríamos decir que solicitar exámenes médicos a las mujeres sí fomenta el derecho a la salud.

#### **b) Necesidad**

Carlos Bernal Pulido en la obra antes señalada manifiesta que “Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado” (Bernal, 2005: 476).

Esto quiere decir no debe existir una medida menos gravosa que se pueda aplicar y que garantice el objetivo propuesto.

El escrutinio de necesidad en ningún caso puede ser superado, ya que existen una serie de alternativas menos gravosas que podrían ser aplicadas, ya que si el fin es el de garantizar el derecho a la salud, por ejemplo se podría proponer la realización del examen voluntario a la mujer y no ligarlo como un requisito para acceder al puesto de trabajo o facilitar dicho examen una vez que las aspirantes ya se encuentren en ejercicio de su cargo.

En mi opinión en ninguna circunstancia se debería pedir la práctica del examen ya que ello está ligado a la voluntad de la persona y adicionalmente no tiene relación alguna con los méritos que debe cumplir una persona para acceder a un puesto de trabajo, ni condiciona su desempeño en el mismo.

Como hemos manifestado, la Corte debió declarar la medida que estamos analizando como inconstitucional en la primera fase del test de igualdad (principio de idoneidad), como hemos dicho sólo con fines académicos se ha asumido la posibilidad de que pase la medida el primer filtro, sin embargo, en el segundo no se puede encontrar ninguna posibilidad; en todo caso la medida es inconstitucional por lo que la Corte debió no solo declarar dicha inconstitucionalidad sino que como medida de reparación integral debió ordenar que se elimine la realización de dichos exámenes de la Directiva que regula los procesos de selección.

Sin embargo como la medida si podría de alguna manera fomentar el derecho a la salud, la Corte al mismo tiempo que ordenaba su eliminación debió disponer medidas alternativas como por ejemplo, que los exámenes de carácter ginecológico estén disponibles para las mujeres que voluntariamente quieran hacerlo una vez que hayan ingresado al puesto de trabajo.

### **2.6.2.-Enfoque de género**

Uno de los principales problemas que no se tomó en cuenta por parte de la Corte Constitucional fue el del enfoque de género. Como se ha manifestado en el capítulo 1 de este trabajo, a raíz de una serie de instrumentos internacionales y sobre todo debido al desarrollo del derecho antidiscriminatorio surgen nuevos conceptos respecto al principio

de igualdad, surgiendo así la igualdad material y una serie de medidas que se desprenden de ella como las acciones afirmativas.

Resulta sorprendente que a pesar de que el artículo 424 de la Constitución de la República establece que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre ella, la Corte no haya hecho uso por ejemplo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, instrumento que en su artículo 2 establece que los Estados se encuentran obligados a adoptar medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que impliquen discriminación contra la mujer, lo que a su vez implica que el Estado está obligado a eliminar todas las barreras físicas, económicas, culturales, lingüísticas o de otro tipo que obstaculizan o impiden el acceso a la justicia de las mujeres en igualdad con los hombres.

Es así que de los hechos del caso se desprende que si bien la ESMIL en sus concursos de aspirantes a oficiales especialistas permite el acceso de mujeres a los mismos, a través de sus procesos de selección mediante su reglamento interno, como es la Directiva N° 01-DISAFSA-2011 que en sus disposiciones generales en el numeral 4 estipula el examen ginecológico para mujeres y en su artículo 7 manifiesta que un aspirante será no apto cuando durante la evaluación médico de ingreso presente alguna patología, obstaculiza el ingreso a las mujeres a efectivamente desempeñar un cargo en dicha institución, es decir se habla de una igualdad de oportunidades mas no de resultados, situación que evidentemente vulnera el derecho de igualdad material, puesto que no basta con que la institución de las Fuerzas Armadas como entidad pública permita el acceso a los cargos,

sino que debe tomar en cuenta las particularidades de aquellos grupos que pretenden desempeñarse en dichos cargos, en este caso, las mujeres y tomar medidas que garanticen una igualdad material no sólo de oportunidades sino también de resultados.

Adicionalmente, la ESMIL jamás pudo justificar cuál era el criterio para solicitar un examen ginecológico únicamente a las mujeres y para ejercer un cargo de oficial especialista, específicamente abogado. Al respecto, se debe tomar en cuenta que, si bien la Constitución establece que la ley estipulará los requisitos para ingresar al servicio militar y estipula la facultad reglada de la administración pública, el artículo 226 de la norma suprema estipula que “las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.” Esto en concordancia con el artículo 158 de dicha norma que establece que “Las servidoras y servidores de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se formarán bajo los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos, y respetarán la dignidad y los derechos de las personas sin discriminación alguna y con apego irrestricto al ordenamiento jurídico.” Por otro lado el artículo 160 de la Constitución establece que “las personas aspirantes a la carrera militar y policial no serán discriminadas para su ingreso.”

Es decir, la Constitución faculta a los órganos de administración pública a crear normativa interna, esta tiene como límite a la Constitución y el apego estricto al ordenamiento jurídico, mismo que garantiza la igualdad y no discriminación de las

personas. Es por ello que el requisito de realizarse exámenes ginecológicos a las mujeres constituye un obstáculo para las mismas, puesto que como se evidencia en la Directiva antes mencionada, el resultado inmediato de padecer alguna patología será el de la declaración de no idoneidad a la aspirante y excluirla del concurso, adicionalmente se evidencia que la práctica de dichos exámenes se solicita sólo en mujeres, configurando así un trato diferente no permitido por la ley en virtud de su sexo y por ende configurando un criterio de discriminación. Adicionalmente el requisito de la realización de exámenes ginecológicos solicitados exclusivamente a mujeres constituye de manera per sé un obstáculo al ejercicio del derecho a la igualdad de las mujeres, impidiendo el ejercicio de la igualdad.

Por lo que la Corte además de realizar un test de igualdad, el cual como observamos arrojó una vulneración al principio de igualdad y no discriminación, debió en su análisis integrar el enfoque de género y observar que se vulneraba no sólo la igualdad y no discriminación sino una serie de obligaciones estatales derivadas de la Convención antes mencionada y que dicho instrumento era indispensable para la solución del caso, al contener derechos humanos más favorables que los contenidos en la Constitución.

## **CONCLUSIONES**

A lo largo de la presente investigación se abordó el desarrollo del principio de igualdad y no discriminación y se demostró la importancia de entender los mandatos e implicaciones del mismo.

Se demostró que este principio aunque al comienzo pretendió otorgar el mismo trato a todas las personas, no logró su cometido toda vez que excluyó a grupos vulnerables, en especial a las mujeres, lo que generó que a raíz del desarrollo del derecho anti discriminatorio se tomaran en cuenta otros factores como el derecho a la diversidad y los problemas de las sociedades contemporáneas, creando diversos mecanismos que promuevan ya no sólo la igualdad formal sino la igualdad de oportunidades y resultados, entendida como igualdad material, ello con la ayuda de acciones afirmativas y herramientas como los test de igualdad y de proporcionalidad en aras de evaluar cuando una medida es apropiada de aplicar o no si esta implica el sacrificio o vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

Es así que el principio de igualdad y no discriminación debe ser entendido como el derecho de todos los seres humanos a ser tratados de la misma manera ante la ley siempre que se encuentren en igualdad de circunstancias o condiciones, lo que a su vez implica un mandato de prohibición de discriminación en virtud de sus condiciones particulares; sin embargo se debe entender también como el derecho de los seres humanos a ser diferentes y a tomar en cuenta sus particularidades, lo que implica un trato diferenciado mediante medidas legislativas, judiciales, administrativas, entre otras siempre que las personas no se encuentren en igualdad de condiciones con el objetivo de igualar sus oportunidades y resultados.

Como resultado de la investigación presentada, es posible concluir que en efecto existen prácticas institucionales para la selección de personal en las Fuerzas Armadas que conservan criterios de discriminación en razón del género y condición de salud.

Ello en virtud de que mediante el marco teórico aplicado dentro del test de igualdad practicado en el análisis de caso, evidenciamos que jamás existió un criterio razonable al solicitar exámenes ginecológicos a las mujeres aspirantes para cargos de oficiales especialistas, sino más bien que dicho examen constituyó un trato desigual para las mujeres que se encontraban en igualdad de condiciones que los hombres pero adicionalmente se configuró como un obstáculo para el libre desempeño de las mujeres en dichos cargos, lo que implicó no sólo la vulneración al principio de igualdad formal y no discriminación sino además la igualdad material en la dimensión de igualdad de resultados, puesto que de nada sirve que se faculte el acceso a los procesos de selección para desempeñar cargos de oficiales especialistas a las mujeres, es decir la igualdad de oportunidades, si durante dicho proceso se conservan barreras que impedirán que la mujer efectivamente logre llegar al cargo, vulnerando así la igualdad de resultados.

Me atrevería a decir que la razón por la que a pesar de la implementación de políticas públicas y acciones afirmativas generadas por el Estado a favor de las mujeres, siguen existiendo prácticas discriminatorias en contra de este grupo de personas, se debe a que no se han tomado todas las medidas necesarias para combatir la discriminación, recordemos que la CEDAW habla de medidas legislativas, administrativas y judiciales. Por lo que es indispensable que los jueces tomen en cuenta la realidad histórica y social de este grupo cuando se encuentren en conocimiento de procesos legales y lo resuelvan con la ayuda de todos los instrumentos jurídicos pertinentes, analizando el enfoque de género y considerando que a raíz del nuevo modelo constitucional implantado en el Ecuador a raíz de la Constitución del 2008, el juez es creador de derecho y por ende sus decisiones son de vital importancia en cuanto a la regulación de conductas.

Es decir, se trata de un trabajo en conjunto por parte del Estado quien debe entender que de nada sirve contemplar en leyes el principio de igualdad y no discriminación si en la práctica se vulnera el mismo a través de la actuación de entidades estatales e incluso de órganos jurisdiccionales cuando se encuentran en conocimiento de este tipo de conflictos y teniendo la facultad de eliminar prácticas discriminatorias, no lo hacen.

Este trabajo ha demostrado que todavía queda largo camino que recorrer, un vacío que encontramos a lo largo de esta investigación es la falta de investigación que existe respecto a los factores de discriminación hacia la mujer en virtud de su condición de salud, se debe tomar en cuenta que las mujeres padecen enfermedades que las afectan únicamente a ellas y que dichas situaciones no pueden ser utilizadas como criterios discriminatorios, por lo que se evidencia una vez más que se necesita un trabajo integral en todas las áreas para permitir la igualdad real de las mujeres en el Ecuador.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Ecuador. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/quienes-somos/LOGJCC.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Ecuador. Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)

- Baeza, Jorge. (julio de 2015). Implicaciones jurídicas de la disforia de género. *Cálamo Revista de estudios jurídicos*(3).
- Carmona, Encarna. (s.f.). El principio de igualdad material en la Constitución Europea. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19182/FCI-2004-8-carmona.pdf?sequence=1>
- Cerdá, Carmen. (2005). Los principios constitucionales de igualdad de trato y prohibición de la discriminación: un intento de delimitación. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. Disponible en: <file:///C:/Users/user/Contacts/Downloads/Dialnet-LosPrincipiosConstitucionalesDeIgualdadDeTratoYDeP-2538666.pdf>
- Comité Jurídico Interamericano. (2013). *Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes*. Rio de Janeiro. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji\\_agenda\\_actual\\_Orientacion\\_Sexual.pdf](http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_actual_Orientacion_Sexual.pdf)
- Cuadrado Zurinaga, María del Carmen. *Manual de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres: formación para el empleo*. Madrid, ES: Editorial CEP, S.L., 2010. ProQuest ebrary. Web. 30 January 2017. Copyright © 2010. Editorial CEP.
- Escuela de Formación de las Fuerzas Armadas. (2011) *Directiva No. 01-DISAFa-2011*. Recuperado de: <http://documentslide.com/documents/directiva-no01-disafa-2011-55cac53318d9f.html>
- Ferrajoli, Luigi. (2009). La igualdad y sus garantías. Disponible en: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>
- Figueroa, Edwin. (2012). Dimensiones del derecho a la igualdad: avances y retrocesos ¿entre escila y caribdis? (59). Perú. Disponible en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Edwin%20Figueroa%20Gutarra%20-%20Gaceta%20Constitucional%2059.pdf>
- Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH. (2001). Diversidad ¿sinónimo de discriminación? En S. Garbay, & P. Benalcázar (Ed.), *Discriminación de género: situación de las mujeres detenidas*. Quito. Disponible en: <https://www.inredh.org/descargas/defensores/diversidad.pdf>
- Íñiguez, Andrea. (2014). La noción de categoría sospechosa y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (43). Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512014000200013](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200013)

- Isique, Martha. (s.f.). *Los conflictos entre derechos fundamentales y los métodos de resolución*. Disponible en: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:H1EXT9Yo\\_isJ:www.u.ssvirtual.edu.pe/Documentos/derecho/produccionjuridica/200902/LOS\\_CONFLICTOS\\_ENTRE\\_DERECHOS\\_FUNDAMENTALES\\_Y\\_LOS\\_METODOS\\_DE\\_RESOLUCION.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:H1EXT9Yo_isJ:www.u.ssvirtual.edu.pe/Documentos/derecho/produccionjuridica/200902/LOS_CONFLICTOS_ENTRE_DERECHOS_FUNDAMENTALES_Y_LOS_METODOS_DE_RESOLUCION.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec)
- Lazo Xiomara. (2005). *Las acciones positivas en Latinoamérica: el caso costarricense*. En Barrère, María Ángeles. *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*. Madrid, ES: Dykinson, 2005. ProQuest ebrary. Web. 30 January 2017. Copyright © 2005. Dykinson.
- López, Diego. (2001). *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (1era ed.). Bogotá, Colombia. Disponible en: <https://zoonpolitikonhomoeconomicus.files.wordpress.com/.../el-derecho-de-los-jueces.d...>
- Miné, Michel. (2003). Los conceptos de discriminación directa e indirecta. *Lucha contra la discriminación: las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato*. Tréves. Disponible en: [http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02\\_Key\\_concepts/2003\\_Mine\\_ES.pdf](http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02_Key_concepts/2003_Mine_ES.pdf)
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (2010). El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. En C. Bernal, & D. C. Velasco (Ed.), *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*. Quito. Disponible en: [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5\\_Igualdad.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5_Igualdad.pdf)
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (2010). Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad. En R. Arroyo, & D. C. Velasco (Ed.), *La igualdad: un largo camino para las mujeres*. Quito. Disponible en: [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5\\_Igualdad.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5_Igualdad.pdf)
- Ministerio de Salud Pública. (2004). *Política Nacional de salud y derechos sexuales y reproductivos*. (C. N. Reproductivos, Ed.) Quito, Ecuador. Disponible en <file:///C:/Users/user/Contacts/Downloads/LEXTN-MSP-116525-PUBCOM.pdf>
- Pérez, Karla. (2005). *Principio de igualdad: alcances y perspectivas* (1era ed.). México D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas : Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1589>
- Pérez, Karla. (2010). *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Obtenido de Más allá de la igualdad formal: dignidad

humana y combate a la desventaja:  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2834/27.pdf>

Pérez, Teresa. (2006). <http://www.amit-es.org>. Obtenido de Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género: [http://www.amit-es.org/sites/default/files/pdf/publicaciones/teresa\\_%20perez\\_2006.pdf](http://www.amit-es.org/sites/default/files/pdf/publicaciones/teresa_%20perez_2006.pdf)

Saba, Roberto. (2005). (Des) igualdad estructural. *Derecho y Humanidades*. Obtenido de file:///C:/Users/user/Contacts/Downloads/Des\_igualdad\_Estructural%20(1).pdf

Sánchez, R. (2007). El principio de proporcionalidad. En *Los subprincipios de la proporcionalidad*. México. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf>

Sancho, Javier. (s.f.). Ratio decidendi y obiter dicta: la doctrina del precedente en Derecho anglosajón. España. Disponible en: <http://javersancho.es/2015/09/16/ratio-decidendi-y-obiter-dicta-la-doctrina-del-precedente-en-derecho-anglosajon/>

Sapag, Mariano. *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*. Dikaion, 2008, Año 22, Número 17, pp. 157-198. Bogotá, CO: D - Universidad de La Sabana, 2008. ProQuest ebrary. Web. 30 January 2017. Copyright © 2008. D - Universidad de La Sabana. All rights reserved.

Varas, Augusto. *Acción afirmativa: política para una democracia efectiva*. Santiago de Chile, CL: RIL editores, 2013. ProQuest ebrary. Web. 31 January 2017. Copyright © 2013. RIL editores. All rights reserved

253-16-SEP-CC , 2073-14-EP (Corte Constitucional del Ecuador 10 de agosto de 2016). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/253-16-SEP-CC.pdf>

001-10-PJO-CC, 0999-09-PJ (Corte Constitucional del Ecuador 22 de diciembre de 2010). [https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/gaceta-constitucional/gaceta\\_001.pdf](https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/gaceta-constitucional/gaceta_001.pdf)

017-14-SEP-CC, 0401-13-EP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de enero de 2014). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/017-14-SEP-CC.pdf>

020-10-SEP-CC, 0583-09-EP (Corte Constitucional del Ecuador 11 de mayo de 2010). Disponible en: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3ac75e40-6eeb-429b-a1df-3243c8a48749/0583-09-EP-res.pdf?guest=true>

025-09-SEP-CC, 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP (Corte Constitucional del Ecuador 29 de septiembre de 2009). Disponible en: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1bc37c45-5bbd-414c-849c-1ff1ea98aff4/0023-09-EP-res.pdf?guest=true>

093-14-SEP-CC, 1752-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 04 de junio de 2014).

102-13-SEP-CC, 0380-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 04 de diciembre de 2013). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/102-13-SEP-CC.pdf>

117-13-SEP-CC, 0619-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 11 de diciembre de 2013). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/117-13-SEP-CC.pdf>

146-14-SEP-CC, 1773-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 01 de octubre de 2014). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/146-14-SEP-CC.pdf>

## **ANEXO 1**

### **FICHA TÉCNICA**

#### **Identificación del caso:** Constitucional

- **N° de caso:** 17156-2014-008
- **Año:** 15 julio de 2014
- **Años que se ha tardado en resolver:** 2 años
- **N° de instancias:** 2

#### **Sujetos procesales**

- Actor: Emma Isabel Aguaguiña Aguaguiña
- Demandado: Director General de Recursos Humanos del Ejército ecuatoriano, General de Brigada Carlos Rodríguez Arrieta.

#### **Problema jurídico**

*¿La orden de realizarse exámenes ginecológicos, para acceder a un cargo de oficial especialista en la Escuela Militar, es discriminatorio?*

#### **Normas implicadas**

- Constitución de la República del Ecuador
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
- Ley de Personal de las Fuerzas Armadas
- Reglamento para la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- DIRECTIVA N° 01-DISAFSA-2011

### **Primera instancia**

Se niega la acción extraordinaria de protección por considerar que la accionante no determina los derechos constitucionales que han sido vulnerados.

### **Segunda instancia**

Se rechaza el recurso de apelación interpuesto por considerarlo extemporáneo, contraviniendo la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional que manifiesta que los jueces que conocen una garantía jurisdiccional se encuentran impedidos de calificar el recurso de apelación de la misma y deben remitir a autoridad competente.

### **Corte Constitucional**

Se declara la vulneración de los derechos al debido proceso, seguridad jurídica, derecho al trabajo, daño al proyecto de vida y el derecho a la integridad personal.