

<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i8.561>

Desnaturalización de acciones afirmativas en el acceso a la educación superior en el Ecuador a favor de las víctimas de violencia de sexo o género

Denaturalization of affirmative actions in access to higher education in Ecuador in favor of victims of gender or gender violence

Juan Carlos Romero-Heras

juan.romero@psg.ucacue.edu.ec

Universidad Católica de Cuenca, Cuenca – Ecuador

<https://orcid.org/0000-0003-1370-2565>

Juan Carlos Erazo-Álvarez

icerazo@ucacue.edu.ec

Universidad Católica de Cuenca, Cuenca – Ecuador

<https://orcid.org/0000-0001-6480-2270>

Camilo Emanuel Pinos-Jaén

cpinosj@ucacue.edu.ec

Universidad Católica de Cuenca, Cuenca – Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-0934-8471>

Cecilia Ivonne Narváez-Zurita

inarvaez@ucacue.edu.ec

Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-7437-9880>

Recibido: 14 de noviembre de 2019

Aprobado: 16 de diciembre de 2019

RESUMEN

En este artículo de revisión, se analiza la validez material de los criterios de acción afirmativa a favor de las víctimas de violencia de género o sexo, tomando como elemento esencial al test de razonabilidad desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador y los principios de motivación y seguridad jurídica consagrados en la Constitución de la República. Con ello se demuestra que la inobservancia a estas

condiciones y disposiciones, ha desnaturalizado esta institución jurídica. La metodología científica investigativa parte de una muestra cualitativa, que se sustenta en métodos como; el análisis y síntesis bibliográficos, histórico lógico e inductivo y deductivo. Concluyendo que se ha inobservado elementos esenciales que justifican un tratamiento diferente, vulnerando derechos constitucionales como motivación y seguridad legal, que ha dado como resultado una disposición que carece de eficacia jurídica.

Descriptores: Acción afirmativa; Justificación objetiva y razonable; Validez normativa; Garantías normativas; Seguridad jurídica.

ABSTRACT

In this review article, the material validity of the affirmative action criteria in favor of victims of gender or sex violence is analyzed, taking as an essential element the reasonableness test developed by the Constitutional Court of Ecuador and the principles of motivation and legal certainty enshrined in the Constitution of the Republic. This demonstrates that failure to comply with these conditions and provisions has denatured this legal institution. The scientific research methodology is based on a qualitative sample, which is based on methods such as; bibliographic analysis and synthesis, logical and inductive and deductive history. Concluding that essential elements that justify a different treatment have been violated, violating constitutional rights as motivation and legal security, which has resulted in a provision that lacks legal effectiveness.

Descriptors: Affirmative action; Objective and reasonable justification; Normative validity; Regulatory guarantees; Legal security.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador (CRE), trae una nueva tendencia del derecho, en el cual se plantea un sistema jurídico que coloca a los derechos reconocidos en la CRE, Declaración Universal (DUDH) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), como la piedra angular en la que se desarrolla el sistema jurídico; en él, se consideran válidas las actuaciones que se realicen dentro de un

Estado, en especial las emitidas por los poderes públicos, siempre y cuando guarden correspondencia o armonía con el contenido de estos instrumentos.

Dentro de esta tendencia, la CRE en el artículo 11.2 ha establecido el principio de igualdad y no discriminación, a través del cual, se declara que todas las personas son iguales en el ejercicio de sus derechos y obligaciones, y, que nadie puede ser discriminado por ninguna distinción (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Sin embargo y de manera excepcional, con el objetivo, por un lado, de generar igualdad material a favor de personas o grupos de ellas que históricamente hayan sufrido discriminación, exclusión o se encuentren en situación de desigualdad, y, por otro, evitar que estos hechos vuelvan a ocurrir, se le es permitido al Estado a través de acciones afirmativas, tratar de forma diferente a las y los ciudadanos; pero este tratamiento deberá ser justificado o motivado de manera objetiva y razonable, con la finalidad de no generar procesos discriminatorios en la educación superior (Guanipa Ramírez, Albites Sanabria, Aldana Zavala & Colina Ysea, 2019).

Esta justificación, se presenta en el momento que el órgano con facultad normativa, determina la necesidad social, elabora, produce y promulga una norma jurídica, debiendo en todo momento adoptar los mecanismos que sean necesarios para garantizar que las disposiciones que van a dar un trato diferente a las y los ciudadanos gocen de condiciones de validez formal y material señaladas (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Evitando de esta forma que la disposición jurídica pueda surtir efectos negativos que lesionen a otros derechos reconocidos en la CRE.

En este contexto, el artículo 44 del Reglamento del Sistema Nacional de Nivelación y Admisión (RSNNA), emitido por la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT), ha desarrollado criterios y requisitos a partir de los cuales se regula el ejercicio de las políticas de acción afirmativa en el acceso a la educación superior pública, entre los que encontramos, por ejemplo: que por condición de vulnerabilidad se otorgarán cinco puntos adicionales a las “víctimas de violencia sexual o de género con la denuncia ante la autoridad competente” (SENESCYT, 2019,

art. 44). Es decir que, el único requisito para que las víctimas de violencia sexual o de género sean beneficiarias de acciones afirmativas es la presentación de una denuncia ante las autoridades competentes.

Este requisito se considera que no es una justificación objetiva y razonable debidamente analizada y motivada por el órgano con facultad normativa para dar un tratamiento diferente por parte del Estado, puesto que si se analiza a la denuncia en sentido estricto, esta se configura únicamente como un acto noticioso que da inicio a un proceso judicial, y, mas no es sentencia definitiva en la cual se ha demostrado la existencia de un hecho denunciado; produciéndose de esta manera que el criterio analizado carezca de condiciones de validez material dentro de su producción normativa, causando que el mismo vulnere derechos constitucionales como el debido proceso en su garantía de motivación, seguridad jurídica entre otros. Con el análisis precedente podemos establecer que el problema de esta investigación es: ¿la inobservancia de validez material para la aplicación del criterio de acción afirmativa a favor de las víctimas de violencia sexual o de género desnaturalizó el fundamento de esta institución jurídica en el RSNNA?

En relación a la problemática expuesta el objetivo es demostrar la inobservancia de las condiciones de validez material en el criterio de acción afirmativa a favor de las víctimas de violencia sexual o de género para la aplicación de este criterio dentro del Reglamento del Sistema Nacional de Nivelación y Admisión.

DESARROLLO

La acción afirmativa en el acceso de educación superior: una justificación objetiva y razonable en el trato de forma diferente a las y los ciudadanos.

Previo analizar a la acción afirmativa, es imprescindible referirse a uno de los ideales más antiguos de la humanidad, la igualdad, que ha sido objeto de estudio y ha inspirado revoluciones que han dado como resultado avances sociales a favor de los grupos menos atendidos; este ideal, en términos generales consiste en la semejanza de

tratamiento que deberá realizarse a personas que pertenezcan a una misma sociedad (Luño, 2007). Este concepto ha sido plasmado y desarrollado en la CRE en el artículo 11.2, al indicar que todas las personas son iguales en el ejercicio de sus derechos y obligaciones, y, que nadie puede ser discriminado por ninguna distinción (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Con esta declaración, la igualdad desde la CRE se puede visualizar desde tres ópticas: como principio, regla y derecho.

Como principio porque al ser descriptivo busca que la igualdad sea un concepto general y amplio, persiguiendo su realización en la mayor medida que fuera posible (Valdes, 2015). Como regla, puesto que al poder ser cumplidas o no, se ha diseñado en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su artículo 176 una consecuencia jurídica que devendría de una conducta discriminatoria. Y como derecho, porque los diferentes actores jurídicos sean abogados, jueces, autoridades públicas y ciudadanía en general deberán garantizar el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 66.4). En cada una de las actuaciones e interpretaciones que se realice dentro de la actividad interpersonal.

En definitiva, podemos decir que la igualdad es la actividad o tratamiento que realiza el Estado, la cual tiene como objetivo establecer mecanismos a través de instituciones, políticas y normas, que procuren generar una semejanza en el trato y ejercicio de los derechos y obligaciones de las y los ciudadanos, prohibiéndose toda actividad que genere una situación de desigualdad entre ellos. Una vez que se ha revisado en que consiste el concepto de igualdad y no discriminación, corresponde analizar a las acciones afirmativas, puesto que como se verá, esta es una excepcionalidad al mismo.

El Ecuador ha sido históricamente afectado por acciones u omisiones que han generado profundas desigualdades en su tejido social, que se han visto reflejados en el acceso a la educación, justicia, participación política, empleo, etc. Es por ello que la CRE en el inciso tercero del artículo 11.2 plantea como una excepcionalidad del principio de igualdad y no discriminación, el concepto de medidas de acción afirmativa, misma que están “destinadas a combatir prácticas discriminatorias, patrones de

desventaja y exclusión social y promover la inclusión de grupos o sectores marginados” (Figueroa, 2016, p. 403). Es decir que las acciones afirmativas por un lado tienen una visión reparadora en el sentido que permite a los grupos sociales históricamente excluidos o discriminados ser incluidos, y, por otro, como una garantía de no repetición puesto que establece frenos para que estas conductas no se vuelvan a repetir.

En el ámbito de la educación superior, para aplicar e instrumentalizar los mandatos constitucionales, respecto de las acciones afirmativas, en el año 2010 se reformó la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), misma que establece el principio de igualdad de oportunidades, a través del cual, se plantean mecanismos que permiten garantizar el acceso, permanencia y egreso del Sistema de Educación Superior sin discriminación alguna, permitiendo que los sectores históricamente excluidos y discriminados o que se encuentren en situación de desigualdad tengan la oportunidad de ingresar al sistema (Asamblea Nacional del Ecuador , 2010).

Respecto al acceso ha existido históricamente una discusión basada por un lado en quienes demandan un libre ingreso como mecanismo de inclusión a sectores históricamente excluidos, y, por otro aquellos que desean mantener ciertos privilegios basados fundamentalmente en influencias (Araujo, 2016). Para frenar esta discusión, el artículo 81 de la LOES, en concordancia con el artículo 356 de la CRE, dispuso que la SENESCYT aplique de manera semestral un proceso de admisión y nivelación; para el efecto, esta institución emitió el RSNNA en el año 2012, actualmente reformado mediante acuerdo 157 – 2019; que en su artículo 44 ha establecido criterios de acción afirmativa, que dan un tratamiento diferente a sectores históricamente excluidos y discriminados, brindándoles la posibilidad que los mismos puedan acceder al sistema.

Este tratamiento diferente, como vimos es una excepción al principio de igualdad y no discriminación; que implica a decir de la jurisprudencia nacional e internacional, una justificación objetiva y razonable por parte del Estado; justificación que podemos entenderla como aquellos enunciados jurídicos o argumentos que garantizan una decisión sea adecuada, como por ejemplo: en el caso de acciones afirmativas, si bien

desde un punto de vista lógico o racional podrían ser contrarias o atentatorias al principio de igualdad, estas razonablemente se justificarían para generar igualdad material a favor de aquellos sectores sociales históricamente excluidos o discriminados (Atienza, 1989). Para ello la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) Sentencia N.019-16-SIN-CC (2016) ha establecido un test de razonabilidad en el tratamiento diferente, mismo que consiste en analizar tres etapas:

- 1) La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento de trato desigual; 2) la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, y, 3) la razonabilidad de trato desigual, esto es la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido, es decir una relación medio – fin. (p.16)

El primer requisito, consiste en determinar si el fin perseguido con el tratamiento desigual está constituido como un fin válidamente perseguido por el Estado, para ello es importante realizar una interpretación sistemática a la CRE la cual está integrada por normas de carácter convencional, jurisprudencia que desarrolle el pleno ejercicio de los derechos y políticas públicas, como por ejemplo en el Plan Nacional Toda una Vida que se establece en el eje derechos para todos, eliminar toda forma de discriminación y violencia, adicionalmente señala que se deberán establecer una reparación integral a favor de todas las víctimas (SENPLADES, 2017). Por lo que en este caso el fin perseguido por el Estado es eliminar la violencia y discriminación, justificándose consecuentemente la adopción de medidas, siempre y cuando persigan este fin.

El segundo requisito, esta relacionado a que el tratamiento diferente sea reflejado en una norma jurídica válida, la cual deberá respetar los derechos y garantías establecidos en la CRE; entre los que encontramos a la garantía normativa y si el acto de trato diferente es procedente de una actuación discrecional del Estado, se deberá respetar el derecho a la motivación y seguridad jurídica, en los actos simples de la administración que fundamentan al acto normativo. El tercer requisito se relaciona, a que la desigualdad expresada en la norma y el fin perseguido; se deberá analizar si los requisitos establecidos para hacer efectivo esta desigualdad señalados en la

disposición jurídica son adecuados o este trato no generan una desigualdad a otras categorías de personas (validez normativa).

Respecto a estos criterios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha indicado en las sentencias: Espinoza González Vs. Perú (2014), Norín Catrimán y otros Vs. Chile (2014), Flor Freire Vs. Ecuador (2016), Duque Vs. Colombia (2016), que un tratamiento diferente si no se justifica en estas condiciones, el trato sería considerado como una conducta injustificada por parte del Estado, consecuentemente se consideraría acto discriminatorio.

En conclusión, un trato diferente debe estar justificado de manera objetiva y razonable, mismo que consiste en que los medios empleados o adoptados para dar un trato diferente, deberán obligatoriamente adecuar a un fin que sea válidamente perseguido por el Estado; consecuentemente, si no se justifica de manera adecuada o la producción normativa no es clara y causa una afección indirecta a otros derechos de rango constitucional, estamos frente a una justificación arbitraria; por lo tanto la argumentación que adopte la autoridad y el legislador deberá alejarse de sentimientos y apreciaciones subjetivas en la construcción de reglas, para evitar que otros derechos sean vulnerados (Zapata, 2008).

Condiciones de validez normativa: una mirada desde la doctrina, CRE y CorteIDH

La validez normativa consiste principalmente en determinar cómo una norma jurídica justifica o ajusta su existencia y validez dentro de un sistema jurídico; desde un punto de vista doctrinario, varias han sido las corrientes filosóficas que han determinado conceptos sobre esta temática; mismas que han planteado su discusión entorno en si la determinación del derecho depende o no de criterios morales. Para efectos de este artículo se plantean conceptos que se han ido desarrollando y perfeccionando a lo largo del tiempo, mismos que se analizan de forma sucinta:

Para el positivismo normativista, representado por *Hans Kelsen* (2006) considera que el derecho no se determina o justifica desde criterios basados en la moralidad, sino más

bien de su correspondencia con otra norma superior, la cual no tiene como hecho productor de normas el actuar humano; es decir, que para esta corriente la validez normativa no radica en un contrato o pacto social, ni en el reconocimiento de sus destinatarios, ni quien las emitió, sino únicamente en su adecuación con una norma suprema indeterminada que va validando a las normas inferiores en una especie de cadena de validación.

Para el positivismo metodológico, representado por *Hart*, considera a diferencia de la corriente anterior que el derecho se determina en principios que proceden de criterios morales, en virtud de ello se plantea una tesis de validación que tiene como eje central una regla de reconocimiento a través de la cual se concibe un sistema jurídico compuesto por reglas primarias que imponen deberes como por ejemplo: el Código Orgánico Integral Penal (COIP), Código Civil (CC), Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), etc., y reglas secundarias que regulan como se producen y controlan las reglas primarias como por ejemplo: la CRE y los instrumentos internacionales (II) en materia de derechos humanos (Dworkin, 2012). En síntesis, las reglas secundarias establecen criterios de validación mismos que deben ser cumplidas por las reglas primarias para ser determinadas como válidas dentro de un sistema jurídico.

Para la teoría no positivista, representada por *Robert Alexy* (2000) la validez normativa se da a través de la denominada pretensión de corrección, la cual:

Conduce a que los principios, que constituyen las razones para crear tanto las reglas antiguas como las nuevas, sean incorporados al concepto del derecho. De este modo las razones ideales para lo que es debido de forma definitiva llegan a formar parte del Derecho. (p. 245).

Dicho de otra forma, la pretensión de corrección consiste en que dentro del proceso de creación y validación del derecho se deben incorporar principios morales correctos como por ejemplo una norma jurídica debe responder al ideal moral de justicia, puesto que si una disposición no refleja las necesidades sociales y esta no garantiza el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en la CRE y en los II en materia de

derechos humanos y todos aquellos que se deriven de la dignidad, sería considerada como injusta y consecuentemente carecería de condiciones de validez.

En conclusión, podríamos decir que todas las corrientes que van desde el positivismo más radical hasta el no positivismo, han planteado reglas o condiciones a través de las cuales se validan las normas dentro de un sistema jurídico, que generalmente consisten en que el contenido de normas inferiores deben guardar respeto o concordancia con normas de jerarquía superior, en el caso de no adecuarse a estos criterios, las normas no justificarían su existencia y obligatoriedad, consecuentemente no gozarían de validez dentro de un sistema jurídico.

Por otro lado, uno de los problemas más comunes que se presentan dentro del sistema jurídico de un Estado, están relacionados al cuestionamiento de validez de sus normas, que se ocasionan por la inobservancia de parte de los órganos con facultad legislativa se dan a las condiciones que justifican o validan normas al momento de su elaboración, producción y promulgación, y, por otro al control de los efectos normativos que surgen como consecuencia de su aplicación; la CRE (2008), para solucionar estos problemas ha desarrollado una garantía constitucional, misma que señala:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano... (art. 84).

Como vemos esta garantía normativa o abstracta, plantea que una norma jurídica válida, deberá adecuar su contenido formal y material a derechos previstos por la CRE y los II; pero ¿en qué consiste esta adecuación formal y material? Respeto a la primera, la formal, se refiere a los procedimientos que los órganos con facultad legislativa deben obligatoriamente cumplir en el momento de la formación de las leyes, por lo que la adecuación formal se compone de: competencia, procedimiento y materia (Rodenas , 2007).

La competencia, es la atribución que otorgan las normas de un sistema jurídico, a un determinado órgano del Estado la facultad de generar disposiciones jurídicas que tengan como objetivo regular una actividad humana (Peña, 2001). El procedimiento, está vinculado a las distintas etapas que realizan los autores de una norma jurídica, a través de las cuales un hecho social pasa diferentes etapas legislativas como la presentación del hecho en el órgano legislativo, su debate, aprobación y correspondiente promulgación para que sean acatados por los destinatarios últimos de la misma (Rodríguez, 2000). La materia, se relaciona al área del derecho en el cual actúa la actividad legislativa como por ejemplo: derecho público, privado, civil, penal, etc.

La segunda, condición material, tiene que ver como una consecuencia de la condición formal, que se activa en el momento que los operadores jurídicos interpretan el contenido de una disposición; es así que una norma jurídica será considerada como válida, siempre y cuando su contenido guarde armonía y no sea contrario a los derechos reconocidos en la CRE y los II ratificados por el Ecuador (Alday, 2014). Por lo que la validez de una disposición normativa no únicamente se limita al cumplimiento de requisitos formales sino también a contenidos sustantivos como el principio de igualdad, seguridad jurídica, motivación entre otros, pudiendo producirse una nulidad al momento que se contrarrestan estas normas con disposiciones de jerarquía superior (Ferrajoli, 1992).

Respecto al análisis precedente, sobre las garantías normativas y supremacía de la CRE, la CCE (2015) ha indicado que estas normas son el fundamento sobre las cuales se construye el sistema jurídico y en base a ellas se pueden definir los procesos de control de constitucionalidad, por lo que la promulgación de una norma jurídica que contradiga a los derechos, principio y reglas consagradas en la CRE implicaría consecuentemente su inconstitucionalidad.

Por otro lado, se ha indicado que previo a emitir una norma jurídica, a más de analizar que la misma sea concordante con la CRE, esta deberá guardar correspondencia con

tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado, todo esto en función de los principios establecidos en el artículo 417 de la norma fundamental. Al respecto, la CortelDH en el caso Almonacid Arellano y otros vs Chile (2006) desarrollando los artículos 1 y 2 de la CADH, indicó que un Estado que ha ratificado la CADH estará subordinado a ella, teniendo la obligación de controlar que las leyes internas no sean contrarias a las normas convencionales, en el caso que esto ocurra, las normas nacionales carecerán de efectos jurídicos.

Con este caso la CortelDH, interpretó la CADH y creó el control de convencionalidad, determinando varios elementos: a) toda autoridad pública en ejercicio de sus competencias deberá verificar la compatibilidad de las normas internas con las normas de la CADH y el desarrollo jurisprudencial de la CortelDH; b) el control debe ser desarrollado de oficio por las autoridades; c) esta verificación puede involucrar la eliminación de las normas internas que sean contrarias a la CADH y la jurisprudencia de la CortelDH (CortelDH, 2019).

En resumen, los órganos con facultad legislativa y de control, deberán verificar que las normas jurídicas que estén en proceso de creación o se encuentren vigentes y se apliquen, no contradigan formal y materialmente a los derechos, principios o reglas determinadas en la CRE y los II en materia de derechos humanos ratificados por el Estado; en el caso que esto ocurra, todas estas actuaciones actos “carecerán de eficacia jurídica” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 424).

Criterio de acción afirmativa en el acceso a la educación superior en el Ecuador a favor de las víctimas de violencia sexual o de género; frente a las garantías normativas establecidas en la CRE

Como se indica, la CRE ha señalado en su artículo 84 que todas las leyes y actos normativos que provengan de un órgano con facultad legislativa, tendrán la obligación de adecuarse formal y materialmente a los derechos previstos en la CRE y los II en materia de derechos humanos que hayan sido ratificados por el Estado (Asamblea

Nacional Constituyente, 2008). Corresponde analizar si el criterio de acciones afirmativas a favor de las “víctimas de violencia sexual o de género con la denuncia ante la autoridad competente” (SENESCYT, 2019, art. 44). Cumple estas condiciones formales y materiales.

La condición formal se efectúa en la creación, elaboración y producción de una disposición jurídica, en la que se encuentra la competencia, procedimiento y materia. En lo que se refiere a la competencia, de conformidad con los artículos 182 y 183 de la LOES, la SENESCYT es el órgano que tiene por objeto ejercer la rectoría de la política pública de educación superior y coordinar acciones entre la Función Ejecutiva y las instituciones pertenecientes al Sistema de Educación Superior, teniendo como facultad la de “diseñar, implementar, administrar y coordinar el Sistema de Nivelación y Admisión” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010, art.183, inc. e). Esta Secretaría, forma parte del poder ejecutivo, por lo tanto, ejerce funciones similares a las de un Ministerio de Estado.

De la revisión efectuada, la CRE ha dispuesto que “las ministras y ministros de Estado, además de las atribuciones establecidas en la ley, les corresponde: 1. Ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que regulen su gestión...” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art 154, inc.1). Este mandato constitucional ha sido desarrollado por el Código Orgánico Administrativo (COA) en el cual se ha señalado que “Las máximas autoridades administrativas tienen competencia normativa de carácter administrativo únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo...” (Asamblea Nacional del Ecuador , 2017, art.130).

En el caso que ocupa a esta investigación, el acto normativo que regula el acceso al Sistema de Educación Superior, ha sido emitido mediante acuerdo SENESCYT-2019-137, de fecha 29 de noviembre de 2019, por parte de Secretario de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, por lo tanto, el acto normativo cumple con el requisito de validez formal en su condición de competencia.

La materia, tiene relación con el área del derecho a la cual el poder normativo le ha otorgado legislar; del análisis realizado y considerando el artículo 182 y 183 de la LOES, la SENESCYT goza de facultad para emitir los actos normativos que sean necesarios para regular el acceso al Sistema de Educación Superior, cumpliendo de esta forma con la condición formal en su requisito de materia.

Respecto al procedimiento, como vimos, es el conjunto de etapas de la actividad legislativa, a través del cual un hecho social pasa a ser convertida en una norma jurídica, misma que tendrá como objetivo producir efectos jurídicos a sus destinatarios. De la revisión desplegada, conforme el artículo 81 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) y el 22 del COA, el procedimiento para emitir un acto normativo consiste: a) solicitud del área requirente, b) dictamen o informe técnico – jurídico en el cual se justifique la pertinencia de la emisión del acto normativo, c) emisión del acuerdo, d) promulgación.

En el presente caso, la solicitud de necesidad se realizó mediante memorando No. SENESCYT-SGES-SAES-2019-0841-M, de fecha 28 de noviembre de 2019 por la Subsecretaria de Acceso a la Educación Superior, a la cual se anexó el informe técnico número SAES-DASA-2019-60, de la misma fecha; a este le siguió el criterio jurídico constante en el memorando SENESCYT-CGAJ-2019-0562-MI, de fecha 29 de noviembre de 2019, luego de lo cual y mediante acuerdo SENESCYT-2019-137 de fecha 29 de noviembre de 2019, se emitió la reforma al RSNNA; por lo que se ha cumplido el requisito de validez formal – procedimiento.

Respecto de la condición material, no es suficiente que el criterio jurídico de acción afirmativa analizada cumpla con las condicines formales para su validez, sino que es imprescindible que adicionalmente tutele los derechos constitucionales previstos en la CRE y el los II en materia de derechos humanos. En este sentido, un trato diferente por parte del Estado deberá tener como fundamento principal una justificación objetiva y razonable, la cual se deberá configurar y consolidar como un criterio previo a la emisión del acto normativo que la regule; esta justificación se la realiza en el caso de los actos

normativos de carácter administrativo, en los informes técnicos – jurídicos, los cuales deberán observar los criterios de razonabilidad señalados por la CCE que consisten en:

La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento de trato desigual; 2) la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, y, 3) la razonabilidad de trato desigual, esto es la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido, es decir una relación medio – fin (Sentencia N.019-16-SIN-CC, 2016, p.16).

En los actos simples de la administración, que sirvieron de fundamento para la emisión del criterio de acción afirmativa, constantes en los memorandos No. SENESCYT-SGES-SAES-2019-0841-M, de fecha 28 de noviembre de 2019 (informe técnico) y SENESCYT-CGAJ-2019-0562-MI, de fecha 29 de noviembre de 2019 (informe jurídico), no se realiza en absoluto esta justificación, sino únicamente hace referencia al propósito de brindar el acceso en igualdad de posibilidades a las y los aspirantes pertenecientes a grupos históricamente excluidos y discriminados, mediante el otorgamiento de puntos adicionales en el examen nacional de evaluación educativa. Configurándose lo que ha sido resaltado por la CorteIDH en varias sentencias, en el sentido de que si no se justifica estas condiciones (razonabilidad), el trato sería considerado como una conducta injustificada por parte del Estado, consecuentemente se consideraría acto discriminatorio.

Este accionar injustificado en los informes técnicos - jurídicos, consecuentemente vulneran la garantía de motivación establecido en el artículo 76 numeral 7 literal I) de la CRE, que en concordancia con lo señalado en el artículo 4 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de Administración Pública (2002) ha considerado que:

La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración. (art. 4)

Esta garantía, no solamente es vulnerada al momento de justificar la aplicación del trato diferenciado, sino además se hace presente en el momento de la adjudicación del puntaje adicional, puesto que la SENESCYT, no realiza ningún análisis posterior, sino que únicamente con la carga de la denuncia en la plataforma informática por parte del postulante en el momento de la inscripción, automáticamente se concede el puntaje adicional (SENESCYT, 2019).

Esta ausencia de justificación y de motivación, a dado como origen una disposición que vulnera además al principio de la seguridad jurídica prevista en el artículo 82 de la CRE, puesto que al considerar a la denuncia ante la autoridad competente como un requisito previo para que se haga efectivo el criterio de acción afirmativa, inobserva a normas claras, previas y públicas, que deben ser aplicadas a través de un debido proceso por autoridades competentes (Sentencia Nro. 2010-16-SEP-CC, 2016). Señaladas y determinadas de manera expresa en el COIP y la Ley Orgánica Integral para la Prevención y Erradicación de la Violencia de Género contra las Mujeres para los casos de violencia de sexo o género; en este sentido la denuncia en materia penal o de violencia de género, se podría definir como un acto noticioso o informativo que se realiza a las autoridades judiciales, fiscales o policiales, respecto de la ejecución de un acto contrario a la ley penal, para que estas procedan de acuerdo a su competencia a la investigación y sanción del mismo (Ruiz, 2015).

Por lo tanto la denuncia no es una decisión judicial definitiva, sino más bien es un acto con el cual se inicia un proceso judicial, al que le siguen etapas procesales de cumplimiento obligatorio hasta llegar a una sentencia, en la que se ha demostrado la existencia de un hecho denunciado y se ha establecido medidas de reparación a favor de las víctimas, consecuentemente una denuncia no debería ser un requisito para tratar de manera diferente a las y los ciudadanos y conceder un beneficio como la acción afirmativa al denunciante, sino únicamente permite el acceso a la justicia, en la cual el Estado debe desplegar acciones a través de sus diferentes órganos para la protección e investigación oportuna, ágil y eficaz.

Al establecerse este requisito vulnerador del principio de seguridad jurídica por no respetar un procedimiento previo, claro, público y aplicado por autoridades competentes, se ha desnaturalizado el deber ser de las acciones afirmativas, pudiendo producirse inclusive un abuso en su uso como por ejemplo:

La aplicación de la acción afirmativa por ser una víctima de violencia de sexo o de género, justificada con la denuncia, genera la adjudicación de puntos adicionales a su nota final para el acceso a la educación superior; sin embargo, luego de un proceso judicial mediante sentencia, se ratifica el estado de inocencia del denunciado (inicialmente) o procesado (dentro del proceso penal), desembocaría en una actuación arbitraria del Estado, al no haber tratado a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones al momento de la asignación de los puntos adicionales; además que se vulneraría al principio de igualdad entre iguales puesto que se ha colocado dentro de un grupo de personas cuya vulnerabilidad o discriminación es inobjetable a otras cuya condición es una mera hipótesis no demostrada y judicialmente comprobada al momento de asignación.

Esta conducta Estatal adicionalmente sería contraria al ideal de justicia y al de eficacia jurídica. La primera, esta íntimamente relacionada con los fines perseguidos por una sociedad, por lo moralmente correcto, garantizando sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos reconocidos en la CRE y los II en materia de derechos humanos, en este sentido, las acciones afirmativas, brindan justicia social a un cierto grupo de personas que ha sufrido históricamente discriminación o se encuentren en condición vulnerable, es decir, no está abierta a cualquier persona, siendo una labor excepcional y delicada del Estado justificar su ejercicio. Sin embargo al haber emitido un criterio sin justificación y establecido un requisito que vulnera la seguridad jurídica, impide que este ideal sea alcanzado, generando un trato injusto con el resto de ciudadanos y de quienes efectivamente se encuentren en situación de vulnerabilidad.

El segundo, se deriva del cumplimiento de las condiciones de validez material y su ideal de justicia, en el sentido que cuando una disposición prescriptiva es justa, adecuada y

correcta, proyecta a las y los ciudadanos la confianza de cumplirla, logrando así que la norma jurídica pueda alcanzar su eficacia (Sentencia Nro. 002-09-SIN-CC, 2009).

Como se ha analizado, el criterio de acción afirmativa, lejos de beneficiar a grupos que se encuentren en condición de vulnerabilidad, produce una desnaturalización en su contenido, pudiendo ser objeto de abuso en su ejercicio, por lo tanto esta disposición, no cumple las condiciones de validez material, configurándose por lo tanto una justificación arbitraria por parte del Estado en el tratamiento diferente.

A continuación se plantea como debería ser un procedimiento de producción normativa que cumpla las condiciones de validez formal y material para que sea considerada como válida:

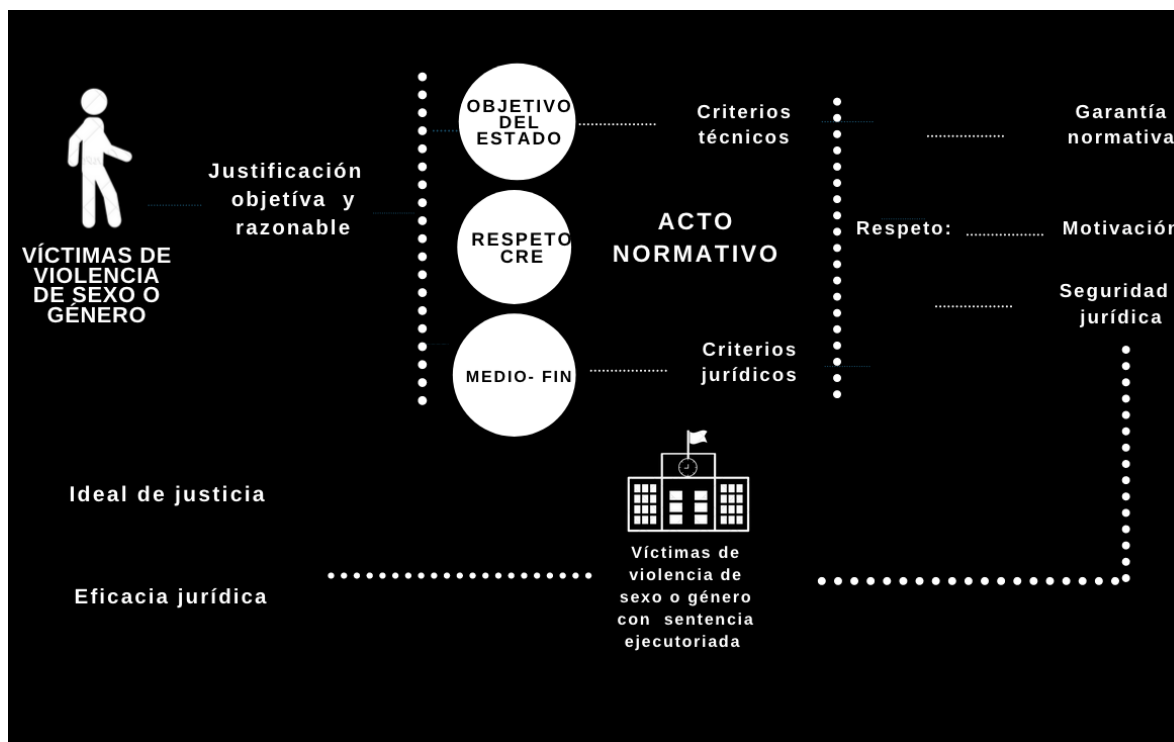


Figura 1 Validez formal y material. Fuente: Mantilla (2013)

METODOLOGÍA

La investigación se fundamentó en un revisión documental y bibliográfica, ejecutada desde una perspectiva descriptiva a partir de la cual se ha determinado la problemática. Del mismo modo los métodos utilizados son: inductivo – deductivo, mismo que consiste en que del análisis de los casos específicos se plantean conocimientos amplios y generales (Newman, 2006). Histórico – lógico, que consiste en estudiar al objeto en su trayecto histórico con sus diferentes características sociales, logrando una conclusión lógica; Analítico – sintético, a través del cual permite descomponer mentalmente una idea general en partes y cualidades, para en virtud de ella unir mentalmente esa idea que ha sido previamente fraccionada permitiendo plantear un nuevo concepto (Jiménez, 2017). Con la implementación de estos métodos se analizó fuentes doctrinarias, cuerpos normativos, casos y procedimientos judiciales, produciéndose como consecuencia la elaboración de reflexiones en el área del derecho constitucional (Espinoza, Narváez y Erazo, 2019).

APORTES

Luego de este proceso de revisión se ha alcanzado las siguientes reflexiones:

El criterio de acción afirmativa a favor de víctimas de violencia de sexo o género con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente, constituye un tratamiento injustificado y arbitrario del Estado, puesto que no cumple las condiciones del test de razonabilidad desarrollados por la Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia número 019-16-SIN-CC.

El no haber justificado objetiva y racionalmente el tratamiento diferente en los actos simples de la administración, vulnera la garantía de motivación señaladas en el artículo 76 numeral 7 literal I, en la cual se consagra que todas las actuaciones de los poderes públicos deberán ser debidamente motivadas o justificadas.

El requisito para hacer efectivo las acciones afirmativas, que consiste en la “denuncia ante la autoridad competente”; consituye una vulneración a normas previas, claras,

públicas y aplicadas por autoridades competentes (principio de seguridad jurídica señalado en el artículo 82 de la CRE), puesto que con ella se inobserva todo un proceso judicial previamente definido, y se da un tratamiento diferenciado fundamentado en un hecho hipotético cuya verdad jurídica no ha sido comprobada o demostrada conforme la Constitución y la ley.

Estas afecciones a normas Constitucionales, vulnera adicionalmente al ideal de justicia (artículo 3.1 de la CRE), en función de que no permite alcanzar y garantizar sin discriminación alguna el ejercicio efectivo de los derechos y fines perseguidos por una sociedad, por lo moralmente correcto.

El tener normas jurídicas que irrespetan a normas Constitucionales, afectan cosecuentemente al principio de eficacia jurídica, puesto que no proyectan en sus destinatarios la confianza de respetarla y cumplirla.

REFERENCIAS CONSULTADAS

1. Alday, R. E. (2014). Disposición normativa, norma y criterio material de validez (un paso más en la relación entre realismo jurídico y positivismo jurídico excluyente). *Analisis e diritto*.
2. Alexy, R. (2000). *La institucionalización de la razón*. Navarra: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.
3. Almonacid Arellano y otros Vs Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Septiembre de 2006).
4. Araujo. (2016). *Universidad urgente para una sociedad emancipada*. Quito D.M: Senescyt-lesalc.
5. Asamblea Nacional Constituyente . (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Garantías Constitucionales*. Montecristi, Manabí , Ecuador: Registro Oficial 449.
6. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Principios de la aplicación de los derechos*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registo oficial 449.

7. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Garantías Jurisdiccionales*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro oficial 449.
8. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Supremacía de la Constitución*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro oficial 449.
9. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Derechos de libertad*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro oficial 449.
10. Asamblea Nacional del Ecuador . (12 de octubre de 2010). Ley Organica de Educación Superior . *Del principio de igualdad de oportunidades*. Quito D.M, Pichincha, Ecuador: Registro oficial 298.
11. Asamblea Nacional del Ecuador . (7 de Julio de 2017). Código Organico Administrativo. *Acto normativo de caracter administrativo*. Quito D.M, Pichincha, Ecuador : Registro oficial 31.
12. Asamblea Nacional del Ecuador. (12 de Octubre de 2010). Ley Organica de Educación Superior . *Coordinación del sistema de educación superior con la función ejecutiva*. Quito D.M, Pichincha, Ecuador: Registro oficial 298.
13. Atienza, M. (1989). Sobre lo razonable en el derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*.
14. CortelDH. (2019). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 7: Control de Convencionalidad*. San Jose de Costa Rica : CortelDH.
15. Desarrollo, S. N. (2017). *Plan nacional de desarrollo 2017 - 2021 "Toda una Vida"*. Quito D.M.
16. Duque Vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Febrero de 2016).
17. Dworkin, R. (2012). *Derechos en serio*. Barcelona : Planera S.A.
18. Egas, J. Z. (2011). Teoría de la seguridad jurídica . *Iuris dictio*.

19. Espinoza Gonzales Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de Noviembre de 2014).
20. Espinoza Ortega, A. A., Narváez Zurita, C. I., & Erazo Álvarez, J. C. (2019). El control gubernamental a través de la auditoría de gestión bajo los ejes de transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana. *Cienciamatria*, 540.
21. Ferrajoli, L. (1992). Derecho como sistema de garantías . *Jueces para la Democracia*.
22. Figueroa, R. (2016). Acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista chilena de derecho*.
23. Flor Freire Vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de Agosto de 2016).
24. Guanipa Ramírez, L., Albites Sanabria, J., Aldana Zavala, J., & Colina Ysea, F. (2019). Educación para la ciudadanía y la democracia: El equilibrio del poder. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(6), 71-89. doi:<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v4i6.290>
25. Jiménez, A. R. (2017). Metodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista escuela de administración de negocios*.
26. Kelsen, H. (2006). *Teoría pura del derecho*. Mexico D.F: Grupo exodo.
27. Luño, A. E. (2007). *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson.
28. Mantilla Falcón, J. (2013). La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho. *Themis*.
29. Newman, G. D. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Revista de educación Lautus*.
30. Norín Catrimán y otros Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Mayo de 2014).
31. Peña, A. M. (2001). Sobre las normas de competencia: algunas observaciones de Jordi Ferrer. *Universidad de Granada* .

32. Presidencia de la República del Ecuador . (10 de Octubre de 2002). Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública. *de la motivación* . Quito D.M, Pichincha, Ecuador: Registro oficial 686.
33. Rodenas , Á. (2007). Validez formal y validez sustantiva: el encaje de la competencia material. *Cuadernos de filosofía del Derecho - Universidad de Alicante*.
34. Rodríguez, R. (2000). El proceso de producción legislativa . *Isonomia Nro 13*.
35. Ruiz , C. (2015). La denuncia del delito de violencia de género: perspectivas interrelacionadas. *Dykinson*.
36. Secretaría de Educación Superior Ciencia, Tecnología e Innovación. (29 de Noviembre de 2019). Reglamento al Sistema Nacional de Nivelación y Admisión. *Postulación y puntaje*. Quito, Pichincha , Ecuador.
37. Segato, R. (2012). Racismo, discriminación y acciones afirmativas . *Observatorio de jurisdicción constitucional*.
38. Sentencia N.019-16-SIN-CC, 0090-15-IN (Corte Constitucional del Ecuador 22 de Marzo de 2016).
39. Sentencia Nro. 002-09-SIN-CC, Nro. 0003-0S-IN (Corte Constitucional del Ecuador 14 de Mayo de 2009).
40. Sentencia Nro. 006-15-SNC-CC, Caso Nro. 0005-13-CN (Corte Constitucional del Ecuador 27 de Mayo de 2015).
41. Sentencia Nro. 2010-16-SEP-CC, No. 0652-15-EP (Corte Constitucional del Ecuador 29 de Junio de 2016).
42. Valdes, J. M. (2015). La igualdad constitucional: multiple y compleja. *Revista Chilena de Derecho*.
43. Zapata, P. (2008). Justicia constitucional. Teoría y practica en el derecho chileno y comparado. *Editorial jurídica de Chile*.