

APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONTEMPORÁNEA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

IMPLEMENTATION OF THE EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION STANDARD IN THE CURRENT PRECEDENTS ISSUED BY THE ECUADORIAN CONSTITUTIONAL COURT

*María Luisa Azanza Torres**

Resumen: El objetivo del presente trabajo es exponer el estado actual de aplicación del principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana contemporánea. El estudio comprende el análisis de los fallos en materia de igualdad y no discriminación por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008. Dicho texto constitucional menciona de manera transversal, amplia y reiterada la igualdad y no discriminación, lo que ha generado diversidad de criterios judiciales en su aplicación e interpretación. Desde este estudio se puede evidenciar la evolución del estándar de la igualdad y no discriminación mediante el desarrollo jurisprudencial de conceptos tales como “categorías sospechosas” y “niveles de escrutinio”. También se ha contrastado la aplicación de dicho estándar con los criterios que se aplican en otras Cortes en el Derecho comparado e internacional. Con lo cual, se ha logrado determinar cuáles son hoy los límites y alcances del desarrollo del estándar.

Palabras clave: Igualdad, no discriminación, proporcionalidad, examen, categorías sospechosas

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho y Antropología en la Universidad Hemisferios (Quito, Ecuador). Máster en Derecho Matrimonial Canónico por la Universidad Internacional de La Rioja (España). Especialista en Derecho Matrimonial Canónico por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Abogada. <https://orcid.org/0000-0002-8958-5900>. marialuisaa@uhemisferios.edu.ec

Abstract: *This paper intends to show, the current state of the principle of equality and non-discrimination in the current precedents issued by the Ecuadorian Constitutional Court. For this purpose, we analyze the rulings on this matter by the Ecuadorian Constitutional Court since 2008 when the new Constitution was released. There are several articles throughout the current Constitution regarding equality and non-discrimination, and they are wide and open for interpretation. This has motivated different approaches by the judges that have not been able to reach to a uniform decision-making argument in the first rules about this matter. This study provides evidence of the evolution of precedents concerning concepts such as suspect categories and levels of scrutiny in the context of equality and non-discrimination standard. We also have compared this standard test with precedents issued by other foreign and international Courts. Based on this analysis, we have determinated the current equality and non-discrimination standard and its scope and limitations.*

Keywords: *Equality, Non-Discrimination, Proportionality, Test, Suspect Categories*

Sumario. *I. Introducción. II. Teorías de la igualdad y la discriminación. II.1. La igualdad en la esfera jurídico-política: igualdad formal y material. II.2. La igualdad en la Constitución de la República del Ecuador. III. Los test de discriminación. IV. Juicio de igualdad en la Corte Constitucional del Ecuador. V. Configuración del estándar actual y las categorías sospechosas. VI. Conclusiones. Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

La igualdad constituye históricamente un ideal humano y político. Sin embargo, más allá del discurso, la igualdad reviste un objeto de estudio desde la ciencia jurídica en el que puede determinarse una descripción de sus características y una traducción concreta de su ámbito de aplicación. En efecto, muchos estudios iusfilosóficos se han ocupado de esta temática. La igualdad se ha estudiado desde diversas dimensiones. Por un lado, como un principio ordenador de todo el sistema jurídico y, por otro lado, tanto como derecho subjetivo negativo, desde la perspectiva de la no discriminación, así como un deber positivo del Estado de garantizar la igualdad.

Todas estas cuestiones, su evolución en el sistema normativo y jurisprudencial se configuran en las decisiones de los jueces que especifican las normas y principios con razonamientos en el caso concreto. El

razonamiento de los jueces o la aplicación del test de discriminación nos permite vislumbrar las conductas que finalmente son consideradas como discriminatorias y configuran aquello a lo que en este trabajo nos vamos a referir como el estándar de la igualdad y no discriminación. La Constitución de la República del Ecuador (2008) establece en sus artículos 425 y siguientes que la Corte Constitucional es el órgano máximo de la función judicial en materia constitucional y el órgano interpretativo del texto constitucional. En la misma línea, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) de 2009 establece en su artículo 2, numeral 3, que la interpretación constitucional realizada por esta Corte tiene fuerza vinculante¹. Es por este motivo que, para estudiar el alcance del principio de igualdad en el Ecuador, debemos revisar sus pronunciamientos al respecto.

Hemos restringido el presente estudio a las decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador emitidas entre los años 2009 y 2021, es decir, las comprendidas dentro de la vigencia de la Constitución del año 2008. A partir de ese año la igualdad se encuentra concebida a nivel constitucional en el Ecuador como un deber primordial del Estado en el artículo 3, numeral 1², y como un principio de aplicación de los derechos, en su artículo 11, numeral segundo³. Se menciona también a la igualdad como un derecho en el artículo

¹ Art. 2.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento: [...] 3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia.

² Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

³ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

66, numeral 4⁴, de la Constitución, en el que se reconoce la igualdad material y formal. Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica (1969) en su artículo 24⁵ consagra la igualdad formal que, aunque en principio puede interpretarse como una garantía a favor de las personas, puede verse ya en la actualidad en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en los que se menciona reiteradamente a la igualdad como un principio que debe iluminar la aplicación de los derechos de tal manera que su tutela por parte del Estado sea efectiva: “el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos” (Corte IDH, 2019, p. 5).

Para referirse al estado actual del derecho, es necesario hablar de esa tutela, de la garantía que se da a este el día de hoy. De tal manera que en el caso ecuatoriano se debe hacer referencia a la Sentencia No. 080-13-SEP-CC de la Corte Constitucional que, en su parte pertinente, refiere: “Los tratos «diferenciados» cuando están de por medio categorías sospechosas [...] se presume su inconstitucionalidad a menos que se demuestre lo contrario mediante razones válidas y suficientes” (p. 16). Con lo cual se emite un dictamen interpretativo del tratamiento judicial que ha de darse a las disposiciones contenidas en el precepto constitucional del artículo 11 y del 66. Por una parte, se determina que las condiciones del numeral segundo del artículo 11 son las denominadas “categorías sospechosas”, y por otra parte, se establece para esos casos un tratamiento procesal de excepción, que es la inversión de la carga de la prueba.

Las categorías sospechosas modifican el modo de concebir la igualdad. Una vez que se establece que hay parámetros dentro de los cuales un trato diferenciado es muy difícilmente justificable, esto genera como consecuencia la obligatoriedad de justificar, por parte de quien otorgue ese trato diferente, su accionar como justo o legal. Este tratamiento jurisdiccional para los casos de discriminación y las categorías sospechosas suponen probablemente los avances más importantes en cuanto a la comprensión, y por ende, a la garantía del derecho de igualdad. De tal manera que, aunque de forma breve, se expondrá el camino que dio origen a estas concepciones.

Las categorías sospechosas encuentran su origen en la doctrina del “escrutinio estricto” de la Corte Suprema norteamericana, que ya se

⁴ Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

⁵Art. 24.- Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

menciona en el caso *Toyosaburo Korematsu vs. United States* de 1944. El razonamiento de la Corte es que la restricción de los derechos de un grupo racial específico, sin ser necesariamente inconstitucional, debe ser sometida al más estricto escrutinio (Íñiguez Manzo, 2014) Este concepto aparece en numerosas sentencias sobre discriminación racial en los Estados Unidos después de este caso, y se menciona por primera vez en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* del año 2012. Y es de esa fuente de la que se nutre la Corte Constitucional ecuatoriana para su dictamen.

Esto no quiere decir que se trate de un tema resuelto, de hecho, hay posiciones diversas en la doctrina, desde las más optimistas respecto de lo que consideran avances en el sistema internacional de la protección de los derechos humanos en materia de igualdad hasta posiciones pesimistas, e incluso escépticas, como es el caso de Ángela Vivanco (1999), quien afirma que:

“al pasar la igualdad a transformarse en una especie de principio rector, se imposibilita al intérprete considerarle límites o un marco acotado para hacerla incluso justiciable. De esta manera, la igualdad pasa a ser un terreno difuso, de geometría del todo variable, y como consecuencia de ello, el término «discriminación» o «diferencia arbitraria» pasa a ser asimismo poco definible, llegándose a una extrema imprecisión jurídica” (p. 179).

Todas estas cuestiones, su evolución en el sistema normativo y jurisprudencial, se configuran en las decisiones de los jueces que especifican las normas y principios con razonamientos en el caso concreto y nos permiten determinar en la práctica lo que hoy es el estándar de la igualdad y no discriminación, a partir del estándar que aplican las Cortes para determinar la existencia de un caso de discriminación.

Es así que el objetivo principal del presente trabajo es determinar cuál ha sido el tratamiento de los casos de discriminación, y en consecuencia, la aplicación del principio de igualdad en el Ecuador. Como se ha mencionado, para ello se ha seleccionado un grupo de sentencias de la Corte Constitucional comprendidas entre 2009 y 2021. La selección de las sentencias responde al criterio de la propia Corte, en cuyo portal se especifican los fallos que han desarrollado determinados conceptos, tales como: derecho de igualdad, derecho de igualdad y no discriminación, principio de igualdad, discriminación y principio de no discriminación.

Con esa finalidad, al inicio se abordan los test de discriminación que mayoritariamente se aplican en algunas Cortes internacionales y extranjeras que cuentan con una jurisprudencia relativamente consistente. En segundo lugar, se ha recogido el tratamiento de la igualdad y la no discriminación en

la Constitución ecuatoriana. Más adelante, se exponen las principales teorías que han dado lugar a los test de discriminación que se aplican actualmente para determinar la existencia de casos de discriminación por parte de las Cortes. Tras estas puntualizaciones, y sobre la base de estos primeros apartados, se encuentra el análisis de la jurisprudencia más relevante de la Corte Constitucional a la luz de las disposiciones constitucionales mencionadas al inicio y respecto de los test de discriminación.

II. TEORÍAS DE LA IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN

La igualdad, como concepto, se entiende a partir de la comparación de dos o más elementos. Es necesario considerar las características de al menos dos realidades para determinar si existe igualdad entre ellas. De tal manera que, como primer punto, para entender la igualdad se parte de la diferencia. Es decir, si hablamos de al menos dos realidades, excluimos la posibilidad de que sean idénticas realidades, en cuyo caso, no serían comparables entre sí, pues se podrían abstraer como una misma realidad, como realidades idénticas. Esto quiere decir que comparten la misma identidad. Al respecto, Juan Carlos Riofrío (2014) toma la teoría aristotélica de la sustancia para explicar que:

“La llamada «identidad real» u «ontológica», que es aquel «perseverar de un ente», sobre todo de la sustancia a través del tiempo, a pesar del cambio de las apariencias o de los accidentes. Lo esencial o substancial es lo que determina la «identidad» de cada cosa” (p. 304).

En realidades no idénticas, por su parte, para realizar la comparación, se requiere un criterio de comparación, respecto del cual se observa la existencia de la igualdad, o no, entre los elementos sujetos de examen. Así, como refiere Karla Pérez (2007):

“La igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos en ellos discernibles, siempre en virtud de un criterio de comparación o *tertium comparationis*, y la fijación de ese *tertium* es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga” (p. 7).

Desde esta perspectiva puede verse, entonces, que esa comparación implica un ejercicio descriptivo y valorativo de la realidad. Una realidad llena de elementos diferentes unos de otros, y por tanto, comparables entre sí. Y en cuyo ejercicio comparativo pueden encontrarse igualdades que sean relevantes para el criterio valorativo propuesto.

Sobre la base de estos conceptos podemos establecer una definición de discriminación. Cabe indicar que el establecimiento de distinciones es un proceso intelectual humano básico para la comprensión de las realidades. Es necesario diferenciar una cosa de otra conforme un criterio determinado, para ordenarlas de acuerdo a un fin. Ahora bien, en el contexto del presente trabajo, se atenderá al concepto de discriminación en el ámbito jurídico. Para ello, debemos precisar unas primeras nociones sobre la discriminación directa e indirecta.

“La discriminación directa consiste en el hecho de tratar a una persona, que se encuentra en una situación comparable a otra, de forma menos favorable”(Aguilera Rull, 2007, p. 3), por motivo de alguna característica subjetiva de la persona. Podemos extraer de esta definición que las realidades no idénticas son (i) el tratamiento que recibe una y otra persona (o grupo de personas), (ii) el criterio o *tertium comparationis* que es una característica subjetiva de la persona, y (iii) la situación o circunstancias que deben ser, al menos, comparables. Debemos sumar a esto que no toda distinción supone un tratamiento discriminatorio, sino solamente aquellas que arbitrariamente comporten un menoscabo en los derechos de la persona afectada.

Significa que a los supuestos de hecho iguales han de serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca, al mismo tiempo, como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados (Eguiguren Praeli, 1997, p. 65).

De este modo, para efectos de este escrito entendemos por discriminación directa al establecimiento de un tratamiento menos favorable a supuestos de hecho que se encuentran en circunstancias comparables, basado directamente en un criterio arbitrario.

Por otro lado, la discriminación indirecta se refiere a un resultado. Parte de realidades en que la aplicación igualitaria de un derecho resulta en el menoscabo de un grupo respecto de otro en una proporción significativamente mayor. Por ello, “el enfoque clásico de la discriminación indirecta es el de una «discriminación estadística», es decir, es la constatación de que una de las dos poblaciones diferenciadas y que resulta desfavorecida es mayoritariamente” (Navarro Nieto, 2015, p. 86) perteneciente a un grupo de personas marcado por una característica subjetiva específica, por ejemplo, de un mismo sexo, de una misma nacionalidad, etc.

Esto tiene relación con el desarrollo del concepto de la igualdad en las distintas legislaciones y en la doctrina sobre el tema, que brevemente se refiere a continuación.

II.1. La igualdad en la esfera jurídico-política: igualdad formal y material

Sobre los límites y alcances del objeto de la igualdad revisamos algunos conceptos importantes. En primer lugar, el derecho a la igualdad en la ley que pone un límite al legislador para aprobar normas que contravengan el derecho subjetivo de las personas a un justo tratamiento. Se trata de una barrera de constitucionalidad que, de acuerdo a los mecanismos de control constitucional presentes en cada ordenamiento, determina la validez de las leyes⁶. Por otro lado, está la igualdad en la aplicación de la ley que establece límites a las actuaciones del poder público, y por tanto, se traduce en el control de constitucionalidad sobre los actos jurídicos que emanen de las distintas instancias y funciones del Estado. (Eguiguren Praeli, 1997).

En cuanto a los alcances del principio de igualdad, debemos distinguir entre los conceptos de igualdad formal e igualdad material. Es claro que la igualdad ante la ley supone por parte del Estado un deber de abstención. Se trata de evitar acciones discriminatorias, normas discriminatorias o la aplicación discriminatoria de las normas. Es un deber de abstención de discriminación directa. Así, las personas tienen el derecho subjetivo a la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. Esto es lo que entendemos por igualdad formal.

Con el avance en el desarrollo del contenido del principio de igualdad, su alcance se ha ampliado a lo que se conoce como igualdad material. El principio de igualdad no solamente comporta un deber de abstenerse de acciones discriminatorias, es necesario que se establezcan acciones efectivas para crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas. Esto responde a realidades sociales por las cuales ciertas personas o grupos de personas se pueden encontrar en una situación de desventaja, ya sea por características subjetivas que dificultan o imposibilitan el goce o ejercicio de determinados derechos, o porque la igual aplicación de una norma resulta en detrimento de los derechos de un grupo de personas (caso de discriminación indirecta). La igualdad material se constituye en una meta para el Estado y genera obligaciones específicas de realizar acciones positivas para mejorar la situación de las personas que pueden encontrarse en desventaja, de tal manera que puedan gozar y ejercer sus derechos sin menoscabo, en igualdad de condiciones.

⁶ El control constitucional de las normas puede ser difuso, concentrado o mixto. Puede darse antes de su promulgación o de forma posterior y puede llevar a la derogación total o parcial de la misma por declararse inconstitucional. La materia de dicho control no es únicamente la violación del principio de igualdad sino la de cualquier principio o mandato constitucional.

Esas medidas se conocen comúnmente como acciones afirmativas. Cuando responden a situaciones de desigualdad causadas por características de la estructura social, relacionadas, por ejemplo, con dinámicas de poder que han generado la exclusión de ciertos grupos de personas, las medidas que se tomen, por su carácter subsidiario, suelen ser de carácter transitorio hasta lograr desterrar los paradigmas sociales que generan la desigualdad. Es el caso del acceso de mujeres a la educación universitaria, que históricamente pudo haber sido una barrera, pero que se encuentra superada en la mayoría de los países occidentales.

En general, el número de estudiantes universitarias en todo el mundo ha superado al de hombres desde 2002. Los datos del Instituto de Estadística de la UNESCO (IEU) señalan que, entre 2000 y 2018, la tasa bruta de matriculación en la enseñanza superior en el caso de los hombres aumentó del 19 % al 36 %, mientras que en el caso de las mujeres se incrementó del 19 % al 41%. Por lo tanto, las mujeres han sido las principales beneficiarias del rápido aumento de la matriculación en la educación superior, y constituyen así la mayoría de los estudiantes universitarios en todas las regiones, excepto en el África subsahariana (UNESCO, 2021, p. 16).

Por otro lado, cuando se trata de situaciones de desigualdad generadas por características subjetivas de las personas, permanentes o transitorias, que dificultan en sí mismas el acceso a ciertos derechos, es necesaria la implementación de acciones que de manera permanente tiendan a garantizar a estas personas el acceso a los derechos. Es el caso de personas con discapacidades que implican movilidad reducida y que dependerán de la infraestructura inclusiva para poder realizar sus actividades cotidianas.

Estos conceptos se reflejan—al igual que en muchos otros países—en la Constitución de la República del Ecuador, que a continuación se revisa.

II.2. La igualdad en la Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, en su Título I, llamado “Elementos constitutivos del Estado”, establece por medio del numeral primero de su artículo 3—“sobre los deberes primordiales del Estado”—, el deber del Estado ecuatoriano de garantizar el efectivo goce de los derechos sin discriminación para todas las personas.

El Título II, denominado “Derechos”, expone en setenta artículos—muchos de ellos ampliados en varios numerales y literales—los derechos fundamentales garantizados por el Estado ecuatoriano. En el Título sobre los derechos, en el Capítulo Sexto, se encuentra el artículo 66, numeral cuarto, sobre el derecho a la igualdad material, formal y no discriminación.

Adicionalmente, en este capítulo se encuentra el artículo 70, que enfatiza la igualdad entre hombres y mujeres como una meta del Estado⁷.

Finalmente, por ser el que más interesa a este trabajo, mencionamos el Capítulo Primero del Título II, que se refiere a los principios de aplicación de los derechos, y dentro de este, el artículo 11, numeral segundo, sobre el principio de igualdad y no discriminación.

En la parte inicial del numeral segundo del artículo 11 la Constitución declara el principio de igualdad. A renglón seguido, establece la prohibición de discriminación. El texto constitucional se encarga de enumerar una larga lista de categorías o criterios, que explícitamente deja abierta mediante la frase “ni por cualquier otra distinción”; especifica la discriminación directa—“que tenga por objeto”—y la indirecta—“o resultado...”; y expone el tratamiento menos favorable—“menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”. En el párrafo final, establece la obligación por parte del Estado de promover la “igualdad real”—que puede interpretarse como igualdad material—“de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

Sobre la última frase, la misma Constitución más adelante ofrece una guía sobre quiénes pueden considerarse titulares de derechos en situación de desigualdad. En el Capítulo Tercero del Título II, sobre los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, el artículo 35 establece un listado que concuerda en parte con lo mencionado en el artículo 66, numeral 3, literal *b*, que a su vez deja abierto el listado que establece sobre personas en situación de desventaja o vulnerabilidad. De igual forma, concuerda con el artículo 35 la disposición del artículo 389 sobre personas en situación de riesgo o víctimas de desastres. A este listado pueden agregarse, además, otros tres grupos por encontrarse dentro del mencionado capítulo sobre los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria. Los jóvenes—artículo 39—, las personas en situación de movilidad humana—artículo 42—, y las personas usuarias y consumidoras—artículo 52. Finalmente, en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo 70, podemos incluir a las mujeres.

III. LOS TEST DE DISCRIMINACIÓN

En el análisis jurisprudencial, más allá de los hechos específicos del caso, el razonamiento de los jueces sobre la aplicación de una norma o

⁷ Art. 70.- El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

principio es lo que trasciende en el tiempo y genera precedentes. Las decisiones de autoridad, para tener legitimidad, deben contar con la suficiente motivación. Justamente esa motivación contiene el razonamiento, o *ratio decidendi* que respalda, explica y argumenta las decisiones judiciales e interpreta el derecho y le da vida. En el Ecuador, una de las garantías constitucionales del debido proceso es precisamente esta, y se encuentra recogida en el numeral 7, literal l, del artículo 76 sobre el derecho al debido proceso.

En los casos de discriminación, esos razonamientos judiciales se han ido desarrollando hasta establecer importante jurisprudencia a lo largo del tiempo. Se trata de criterios a los que se someten los hechos del caso y que permiten a los jueces determinar si ha existido una diferenciación injusta. En suma, se hace pasar al caso por una prueba o test que motiva la decisión de los jueces.

Como se ha explicado antes, no toda diferenciación o distinción es discriminatoria, y por lo tanto, violatoria de derechos. Debe tratarse de una distinción arbitraria que conlleve al menoscabo de los derechos subjetivos. En suma, de un tratamiento injusto. Y la tarea del juez es determinar la existencia de esos elementos e incluso valorar su gravedad. Ahora, para determinar la existencia de una discriminación, se atiende al criterio que ha motivado la distinción, pues es justamente ese elemento el que establece la línea entre una distinción arbitraria o prohibida y una que no lo es.

El test clásico de la discriminación es la consideración de la justificación del trato desigual por sus fines. Si la distinción supone un medio idóneo y el fin que se persigue es constitucionalmente válido, se considera justificable el establecimiento de dicha distinción. Esta relación entre medios y fines clásicamente supone la base del test de igualdad y se suele recoger en la jurisprudencia como test de racionalidad o de proporcionalidad.

Ahora bien, “ni la jurisprudencia, ni la doctrina han llegado todavía a un consenso sobre la noción definitiva y los contenidos del principio de proporcionalidad” (Riofrío, 2016, p. 305), pero para efectos de este trabajo vamos a exponer sus tres subprincipios y lo que la doctrina indica respecto de cada uno.

El principio de proporcionalidad, con el objetivo de determinar la no arbitrariedad de una medida, revisa tres aspectos: (i) la adecuación, (ii) la necesidad y (iii) la proporcionalidad *stricto sensu*. La adecuación revisa la idoneidad de la medida tomada para conseguir el fin buscado. Es decir, si tal medida es capaz de lograr la finalidad. Por ello, se le llama también “de idoneidad”. La necesidad busca que se justifique que la medida tomada es la que menos afectación causa, de todas las posibles, en aras al objetivo propuesto. Es decir, que se trate de la medida más eficiente. Y finalmente,

la proporcionalidad *stricto sensu* implica la comprobación de que la intensidad o el nivel de sacrificio o afectación no sea mayor al beneficio que se obtiene de la medida tomada (Rodríguez Martínez, 2017).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que una distinción solamente es justificable cuando se trata de una diferenciación objetiva y razonable. Explica que esta razonabilidad tiene que ver con la proporcionalidad entre los medios y los fines y con la legitimidad del fin que se persigue. Sobre los criterios de distinción o *tertium comparationis* la Corte IDH (2019) establece, sobre la base del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁸, que hay indicios de arbitrariedad cuando las distinciones se basan en: “(i) rasgos permanentes de las personas de los cuales estas no pueden prescindir sin perder su identidad; (ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y (iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales” (p. 25).

En la esfera nacional, el test de razonabilidad está contenido en el artículo 3, numeral 2, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador⁹. Concretamente, en el primer título sobre Normas Generales. Se trata de uno de los métodos y reglas de interpretación constitucional que debe aplicarse por parte de la Corte Constitucional de acuerdo al citado artículo.

En el caso de los tribunales de Estados Unidos, por ejemplo, los precedentes jurisprudenciales dictan que se realicen test con distinto grado de rigurosidad según el criterio o categoría de distinción que se haya aplicado en el caso. El más exigente es el “escrutinio estricto”, que se aplica

⁸ Art. 1.- Obligación de respetar los derechos: 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁹ Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: [...] 2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional [...].

a categorías como la raza o la nacionalidad (Díaz de Valdés, 2018). Las distinciones basadas en estas categorías se presumen siempre inconstitucionales, por lo que corresponde al presunto autor de la medida discriminatoria el probar que esta está diseñada para alcanzar un fin estatal del más alto orden, que se trata de la medida que más se ajusta a cumplir dicho fin, y que es el medio menos restrictivo para conseguirlo (Ortiz Custodio, 2018). A este le sigue el escrutinio medio para categorías como sexo, género o filiación (Díaz de Valdés, 2018), el cual exige probar que la medida busca alcanzar un fin importante, ya no trascendental, y debe ajustarse sustancialmente—ya no estrictamente— a la consecución de dicho fin (Ortiz Custodio, 2018). El tercero, y más laxo, es el test de mera racionalidad, en cuyo caso solamente se exige una relación racional entre la medida diferenciadora y el fin pretendido por esta (Díaz de Valdés, 2018). En este caso, la inconstitucionalidad no se presume, por lo que la discriminación o distinción arbitraria debe ser probada por quien la alega (Ortiz Custodio, 2018).

También la Corte IDH habla de distintos grados de intensidad del juicio de igualdad, considerando que aplica un escrutinio más estricto a categorías protegidas que se encuentran en el artículo 1.1 de la CADH, sin considerarlas totalmente exhaustivas, pues la propia redacción deja abierto el listado “de cualquier otra índole”. Existen importantes precedentes sobre el tratamiento de estas categorías: orientación sexual—sentencia del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012; raza—sentencia del caso *Nadège Dorzema y otros vs. República Dominicana*, de 24 de octubre de 2012; y opiniones políticas—sentencia del caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, de 22 de junio de 2015 (§ *Excepciones preliminares*). La Corte IDH ha determinado un tratamiento procesal distinto para estos casos, según el cual se invierte la carga probatoria al Estado acusado de la presunta violación. Así, el Estado debe probar no solamente la legitimidad de la medida adoptada sino la necesidad de tomarla para alcanzar un objetivo imperioso. El medio empleado debe no solo ser adecuado sino necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por otro menos lesivo, y los beneficios deben ser mayores a los sacrificios que impliquen (Corte IDH, 2019).

Encontramos, entonces, que el test moderno de igualdad se configura más o menos desde unos criterios similares, que se van consolidando en la tradición jurisprudencial de cada uno de los Tribunales y Cortes. A continuación, se analiza un grupo de sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, precisamente para estudiar el test o razonamiento aplicado por los jueces para determinar la existencia o no de un caso de discriminación.

De ese modo, se pretende perfilar el estándar utilizado para la aplicación del principio de igualdad en la jurisprudencia ecuatoriana.

IV. JUICIO DE IGUALDAD EN LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

En el año 2008, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República del Ecuador que rige hasta el día de hoy, se inician las funciones de la Corte Constitucional para la etapa de transición. El estándar que se utiliza en esta primera etapa es el de razonabilidad del artículo 3, numeral 2, de la LOGJCC, siguiendo la línea de lo indicado por la Corte IDH. Es el caso de la Sentencia No. 002-09-SIN-CC, de 14 de mayo de 2009.

Si bien el análisis no profundiza cada elemento del estándar, establece un parámetro para la estimación de los fines perseguidos por las medidas con la mención del artículo 227 de la Constitución¹⁰. Según la Corte Constitucional (2009a), mediante la Sentencia No. 002-09-SIN-CC, “en ese orden de ideas, satisfacen los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, aquellos límites que inequívocamente permiten asegurar la realización de los principios que orientan la función pública, es decir, la eficiencia, economía, igualdad, celeridad, imparcialidad y publicidad” (p. 18). Es importante el establecimiento de este criterio pues implica una alta exigencia al indicar que las medidas deben “inequívocamente” asegurar la realización de los principios, estableciendo una adecuación muy clara con los fines. Este estándar ha sido tomado en otros dictámenes de la Corte Constitucional¹¹.

En el mismo año 2009 se dicta la Sentencia No. 0008-09-SAN-CC, cuya Jueza ponente fue Nina Pacari Vega. Se trata de una acción por incumplimiento contra el antiguo Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada (CONESUP), demandado por parte de la Universidad “Amawtay Wasi” y del artículo 31 del Estatuto Orgánico de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi”. El fondo de la controversia radicaba en que el CONESUP, mediante resolución, limitaba la actividad de la Universidad a la ciudad de Quito—donde se encontraba su sede principal—, contrariando, a juicio de la

¹⁰ Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Véase la Sentencia No. 004-11-SIN-CC, que, de inicio, considera que los tributos, de acuerdo con el artículo 285 de la Constitución, son de interés público.

¹¹ Sentencias No. 022-12-SIN-CC, No. 983-18-JP/21 y No. 003-16-SIA-CC.

Universidad, su ley de creación que indicaba que trabajaría en las distintas comunidades indígenas. La importancia de esta sentencia radica en que el fondo de las alegaciones implica la exigencia de un trato desigual a los desiguales, lo que hace parte de la comprensión misma del principio de igualdad. Así, podemos ver que el razonamiento de la Corte Constitucional (2009b), en la Sentencia No. 0008-09-SAN-CC, se enfoca en el carácter particular de la accionante:

“Con la cual se confirma y evidencia que la Universidad Intercultural “Amawtay Wasi” responde y ha ajustado su estructura a las particularidades y diferencias propias, dada su naturaleza, [...], bajo el parámetro de la diversidad cultural y su naturaleza especial, resulta discriminatoria la nueva exigencia del CONESUP, exigencia que a la vez incurre en inconstitucional” (p. 24).

La base de esta argumentación se recoge en la cita que, dentro de la sentencia, se hace a un escrito del tratadista colombiano Carlos Bernal Pulido, en un análisis que realiza sobre el juicio de igualdad en la jurisprudencia constitucional colombiana y que se transcribe de forma íntegra en la página 21 de la sentencia:

“A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos correlativos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)” (Bernal Pulido, 2005, p. 52).

La sentencia que nos ocupa encuadra la situación fáctica puesta a su consideración en el cuarto supuesto, y concluye que en vista de la aplicación de un trato igual al de la generalidad a un sujeto con particularidades relevantes, que expone en el argumento del dictámen, existe discriminación, faltándose al principio de igualdad. Mencionamos esta referencia doctrinaria porque ha marcado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A partir de esa fecha, más de una veintena de sentencias sobre igualdad han citado exactamente el mismo fragmento del mismo texto del tratadista colombiano¹². En realidad, este criterio está tomado de la Sentencia C-22-

¹² Sentencias y dictámenes que citan el mismo fragmento de Carlos Bernal Pulido, total o parcialmente, de manera textual o parafraseada: 001-10-CC, 023-10-SEP-CC, 027-12-SIN-CC, 029-10-SOS-CC, 048-13-SCN-CC, 068-12-SEP-CC, 118-12-SEP-CC, 124-16-SEP-

1996 de la Corte Constitucional Colombiana. Si bien en esta etapa no podemos encontrar sentencias especialmente desarrolladas o profundas sobre la materia que nos ocupa, hay que indicar que existen algunos fallos que incluso cuentan con graves falencias de argumentación. Es el caso de la Sentencia No. 001-10-SAN-CC, del 13 de abril del 2010.

Se trata de una acción por incumplimiento del Mandato Constituyente No. 2 de la Asamblea Nacional Constituyente del 28 de enero de 2008. La argumentación de la Corte Constitucional para este caso menciona de forma expresa el test de razonabilidad del artículo 3, numeral 2, de la LOGJCC, e indica que para que sea justificable la diferencia debe ser objetiva y razonable. Sin embargo, en la Sentencia No. 001-10-SAN-CC, al momento del análisis para la aplicación de este estándar no se prueba que la distinción sea razonable, sino que se argumenta sobre la razonabilidad del Mandato segundo:

“El referido Mandato Constituyente No. 2, efectivamente tiene un alto contenido de razonabilidad, en tanto, busca la igualdad material, y en el supuesto en que se pretenda asumir la razonabilidad en donde se produce una desigualdad, esta contiene una justificación objetiva y razonable” (Corte Constitucional, 2010, p. 16).

Con lo cual finalmente las pretensiones de la accionante son negadas sobre la base de argumentos que no se sostienen de manera lógica¹³.

En este contexto, y aun con un ambiente expectante de la consolidación del tratamiento de las normas y principios contenidos en la “nueva Constitución”, se emite la Sentencia No. 080-13-SEP-CC, del 9 de octubre de 2013. El caso trata de una acción extraordinaria de protección sobre la sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Provincia del Guayas, que resuelve apelación sobre la negativa a la Acción de Protección interpuesta en contra del Municipio de Samborondón por parte de un funcionario que ha sido destituido mediante sumario administrativo de dicha institución pública. Entre las alegaciones, el accionante menciona haber sido

CC, 127-12-SEP-CC, 139-15-SEP-CC, 241-15-SEP-CC, 372-17-SEP-CC, 002-09-SAN-CC, 006-09-SEP-CC, 007-10-SIN-CC, 011-12-SCN-CC, 023-10-SEP-CC, 024-10-SCN-CC, 028-12-SEP-CC, 031-10-SCN-CC, 048-13-SCN-CC, 069-10-SEP-CC, 107-12-SEP-CC, 292-16-SEP-CC, 009-15-SIN-CC, 210-12-SEP-CC, y 245-12-SEP-CC.

¹³ Algo parecido sucede con la Sentencia No. 005-13-SIN-CC, del 9 de abril de 2013, en que se evocan teorías y normas sobre el principio de igualdad y otras aplicables directamente a la materia del caso concreto, pero no existe examen alguno, concluyéndose que no existe discriminación. También puede verse la Sentencia No. 002.10-SIN-CC, del 8 de abril de 2010, que indica que un trato preferencial al ser basado en los logros del sujeto no entra en el ámbito del principio de igualdad y no discriminación.

víctima de discriminación por su condición de salud al ser paciente de VIH, entre otros derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

Inicialmente en su análisis, la Corte Constitucional revisa las alegaciones sobre falta de motivación y tutela judicial efectiva. En efecto, determina que las sentencias tanto de los jueces constitucionales que conocieron la Acción de Protección, como de la Corte de alzada, no revisaron el fondo de las alegaciones de violación del accionante. Entre las omisiones que la Corte Constitucional determina en las sentencias impugnadas verifica que no se ha tratado de fondo el derecho a la igualdad y a la salud. Es así que uno de los problemas jurídicos que se plantea para estudiar es si la separación de un empleado portador de VIH o enfermo de SIDA se puede considerar una categoría sospechosa.

En su análisis respecto a este problema jurídico, la Corte inicia identificando a las categorías sospechosas con el listado que consta en el numeral segundo del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador. Posteriormente desarrolla el concepto al indicar que:

“Las categorías sospechosas, para esta Corte Constitucional, son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos «diferentes» respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11, numeral 2, de la Constitución de la República” (Corte Constitucional, 2013, p. 16).

Más adelante indica que en el caso de distinciones sobre la base de estas categorías, se presume su inconstitucionalidad a menos que se pruebe lo contrario mediante razones válidas y suficientes. Y, de este modo, determina la inversión de la carga probatoria para las alegaciones de discriminación basadas en las categorías contenidas en el numeral 2 del artículo 11.

Ahora bien, como la misma sentencia lo reconoce, el listado que establece la norma constitucional no es taxativa, tiene un listado explícito y otra parte abierta cuando indica “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” (Art. 11.2 CRE). Por ese motivo, en el desarrollo de este importante precedente, la Corte Constitucional establece un test para identificar las categorías que deberían ser consideradas sospechosas, con los efectos jurídicos que esto implica. El test contiene tres requisitos. Primero, encontrarse en el numeral 2 del artículo 11. Claramente se refiere al listado específico que expone ese numeral, por lo que este primer punto no

comporta mayor dificultad. Segundo, que restrinjan derechos constitucionales. Esto puede relacionarse con la parte final de la redacción del numeral, que habla de categorías que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular derechos. Y el tercer elemento de identificación de categorías sospechosas es que “generalmente afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y que requieren especial protección por parte del Estado” (Corte Constitucional, 2013, p. 16). Esta parte se relaciona con los enunciados abiertos del numeral 2 del artículo 11, y también tiene que ver con los grupos de atención prioritaria que establece la Constitución, como lo indica más adelante el análisis de la Corte Constitucional.

En lo que se refiere a este caso en concreto, la sentencia continúa su argumentación mencionando conceptos como la discriminación indirecta y la discriminación positiva que, a criterio de la Corte, serían aplicables a personas con una condición de salud que pueda constituirse en una vulnerabilidad, justamente para buscar la igualdad material en vista de las trabas que puede constituir su enfermedad para su desarrollo.

De hecho, la argumentación hace énfasis en los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre las personas que viven con VIH/SIDA, donde se muestra la estrecha relación de este padecimiento con conductas sociales de exclusión que afectan varios aspectos de la vida de las personas. De tal modo que la protección de sus derechos tiene que ver con la misma dignidad humana de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA. Se mencionan los estereotipos de los que son objeto y las afectaciones de estos, especialmente en la vida laboral.

Posteriormente, revisa de forma minuciosa el caso del despido de un trabajador con VIH/SIDA, y determina que no es lícito para el empleador terminar la relación laboral por el deterioro de la salud del trabajador, y las implicaciones que esto puede tener en su desempeño. La sentencia declara que en efecto se ha dado un caso de discriminación y ordena la restitución del accionante a su puesto de trabajo, junto con el pago de las remuneraciones que ha dejado de percibir desde el momento de su separación de la institución. Sin embargo, lo más relevante de la sentencia se encuentra en las garantías de no repetición que ordenan:

“Como garantía de no repetición en favor de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, pertenecientes al grupo de atención prioritaria, la Corte Constitucional, en virtud de la competencia establecida en el artículo 436, numerales 1 y 6, establece como regla jurisprudencial con efectos *inter pares* e *inter comunis* la siguiente: (i) Las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA no gozan de un simple estatus de estabilidad laboral aplicable a todas las relaciones laborales en

condiciones generales en las cuales los empleados no poseen enfermedades catastróficas; por el contrario, este grupo de personas gozan de un principio de estabilidad laboral reforzada, merecedores de una especial protección dada la fuerte carga discriminatoria que socialmente han tenido que soportar; en tal virtud, no podrán ser separados de sus labores en razón de su condición de salud. (ii) La separación de las labores de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, se presume *prima facie* como violatoria de los derechos constitucionales, por fundarse en criterios sospechosos, a menos que el empleador demuestre una causa objetiva—razones válidas y suficientes—que justifiquen de manera argumentada y probada ante la autoridad competente que no se trata de un despido que se funda en un criterio sospechoso. (iii) Bajo ningún motivo el empleador podrá justificar la terminación de relaciones laborales fundado en argumentos que se agoten en el rendimiento de las actividades laborales del empleado portador de VIH o enfermo de SIDA, pues el deterioro físico y psicológico que influye en el desempeño de las actividades laborales es propio de un enfermedad de esta naturaleza, so pena de incurrir en un trato discriminatorio. Por ello, los trabajadores portadores de VIH o enfermos de SIDA deberán ser reubicados en su medio de trabajo cuando el desempeño de sus actividades esté afectado por su condición de salud” (Corte Constitucional, 2013, p. 30).

Esta es, sin lugar a dudas, la sentencia más importante en materia del principio de igualdad y no discriminación de esta primera etapa de la Corte, y una de sus sentencias más importantes para el período de transición en cuanto a que ha logrado establecerse como un precedente real de la aplicación del principio en el razonamiento judicial del país¹⁴.

Si bien se trata de una sentencia importante por marcar un hito en el estándar, deja una perplejidad respecto de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación. Si todas las categorías del artículo 11, numeral 2, son sospechosas, ¿qué parámetros de distinción no son categorías sospechosas? Esta sentencia invierte la carga probatoria y hace sospechosa de inconstitucionalidad prácticamente toda distinción hasta probar en contrario, lo cual resulta novedoso pues en esta primera etapa, ya sea de forma explícita o implícita, se exige al accionante que alega la discriminación que pruebe sus alegaciones¹⁵. Esto impacta en materia

¹⁴ Esta sentencia constituye un precedente y la Corte Constitucional sigue los criterios que en ella se han esgrimido. Vemos referencias a esta sentencia en las siguientes sentencias y dictámenes posteriores de la Corte Constitucional del Ecuador: 008-17-SCN-CC, 011-15-SIN-CC, 022-15-SEP-CC, 032-18-SEP-CC, 035-17-SIN-CC, 038-17-SEP-CC, 057-16-SIN-CC, 140-18-SEP-CC, 28-15-IN/21, 303-15-SEP-CC, 362-16-SEP-CC, 381-17-SEP-CC, y 48-16-IN/21, entre otras.

¹⁵ Es el caso de la Sentencia No. 004-10-SIN-CC, del 29 de abril de 2010, según la cual:

«La igualdad, para el examen de una situación con otra, requiere necesariamente una explicación clara y precisa, si es posible con ejemplos, que permita visualizar dónde está la alegada desigualdad. En esta especie, los demandantes no han mencionado en qué consisten los actos de desigualdad que

procesal por la inversión de la carga probatoria, y resta relevancia a la consideración del criterio de comparación, puesto que si prácticamente todas las categorías de comparación son sospechosas, resulta superfluo el análisis que pudiera hacerse sobre este elemento del estándar.

A partir de ese momento, vemos que el impacto del concepto de “categorías sospechosas”—introducido por la Sentencia No. 080-13-SEP-CC—como un elemento conceptual de la configuración del estándar del principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aún no es total. Si bien se acude a los criterios allí expuestos en más de una docena de sentencias en este período, hay otras tantas que continúan acudiendo principalmente a un análisis más o menos preciso sobre situaciones idénticas, similares, similitudes relevantes, etc.¹⁶

V. CONFIGURACIÓN DEL ESTÁNDAR ACTUAL Y LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

La Sentencia No. 11-18-CN/19, del 12 de junio de 2019, resuelve la consulta realizada en el marco de la apelación de una acción de protección interpuesta por dos ciudadanos de sexo masculino, ante la negativa del Registro Civil de realizar y registrar un matrimonio civil entre ellos. El fondo

puddere contener alguna de las normas del Acuerdo» (Corte Constitucional, 2010b, p. 13).

¹⁶ Por ejemplo, en la Sentencia No. 119-15-SEP-CC, del 22 de abril de 2015, la Corte Constitucional (2015a) razona:

«En consecuencia, la diferenciación remunerativa efectuada no revela una discriminación al accionante, pues el trato diferente responde a que se encuentra en una situación fáctica distinta a la de otras personas, en cuanto al tipo de relación laboral que mantenía con el CONSEP».

Con lo cual establece una regla, a nuestro juicio clara, sobre situaciones fácticas en lo que se refiere a distintos trabajadores con distintos tipos de relación de dependencia. En un caso análogo, la Sentencia No. 191-15-SEP-CC, de 10 de junio de 2015, rechaza las alegaciones de discriminación expresando que:

«Se advierte que la accionante a diferencia de las dos personas, cuyas liquidaciones han sido adjuntadas al proceso, no cumple con el requisito impuesto por las disposiciones normativas invocadas por los jueces de casación, esto es, contar con al menos 10 años de servicio dentro del Banco Central del Ecuador, aspecto que sí se verifica en los dos casos traídos a colación por parte de la legitimada activa. En tal razón, se evidencia que no ha existido un trato discriminatorio por parte de las autoridades del Banco Central y menos aún por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, toda vez que no nos encontramos frente a un mismo supuesto fáctico» (Corte Constitucional, 2015b).

de la consulta se refería a la aplicabilidad de la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoce el matrimonio de parejas del mismo sexo, y su compatibilidad con el artículo 67¹⁷ de la Constitución de la República del Ecuador que define al matrimonio como una unión entre hombre y mujer.

En el análisis de la consulta realizada, la Corte Constitucional examina a fondo la cuestión de la igualdad y no discriminación entre parejas heterosexuales y homosexuales, en la parte que interesa a este trabajo. En su argumentación, parte de la premisa de que todas las personas tienen derecho a una familia, y uno de los medios para hacer efectivo este derecho, es a su vez—indica la sentencia—el ejercicio del derecho al matrimonio. Se parte, en consecuencia, de que la vigencia del artículo 67 del texto constitucional establece una distinción en la aplicación de este derecho a parejas heterosexuales y homosexuales, y sobre estos supuestos se inicia el examen sobre si esta distinción es o no arbitraria. Para el efecto, desagrega el principio de igualdad del artículo 11, numeral 2, en tres elementos:

“La definición del artículo 11.2 de la Constitución tiene tres elementos para configurar el trato discriminatorio: (i) la comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; (ii) la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas; (iii) la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando se menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos” (Corte Constitucional, 2019a, p. 18).

Sobre el primer elemento, la comparabilidad, expresa que quienes están en situación de comparabilidad son las personas que conforman las parejas, y razona que por su dignidad merecen igual tratamiento frente al ejercicio del derecho al matrimonio. Este razonamiento a nuestro juicio puede ser un poco apresurado. Esto se debe a que inicialmente se había indicado que se compararían los derechos de las parejas y no de las personas que forman estas parejas. Los resultados de estas comparaciones son distintos puesto que cada una de las personas, por separado, podría ejercer

¹⁷ Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

el derecho a contraer matrimonio con una persona de otro sexo en el marco del artículo 67. Adicionalmente, al esgrimir como único argumento la dignidad humana, que es sin duda el más importante, se deja de lado otros aspectos que se constituyen en requisitos de distinto tipo para el ejercicio de este derecho como por ejemplo la edad, el no tener vínculo matrimonial previo no disuelto, etc. Es claro que todas estas personas—niños y niñas, y personas con vínculo previo no disuelto—gozan de igual dignidad, pero no podrían casarse.

En el párrafo siguiente, la Corte analiza el segundo elemento. Su argumento se centra en que al ser la orientación sexual una categoría protegida, tanto sobre la base de la jurisprudencia de la Corte IDH como por encontrarse enumerada en el artículo 11, numeral 2, para efectos del caso, una distinción basada en este criterio es sospechosa de discriminación. Posteriormente, al verificar el siguiente elemento, indica que existe un resultado por el cual las parejas heterosexuales acceden al matrimonio y las homosexuales no. Es decir, en este elemento se retorna a la comparabilidad de las situaciones fácticas de las parejas, más que de las personas.

Sobre la base de este análisis, indica que debe aplicarse un escrutinio estricto mediante el test de razonabilidad del artículo 3, numeral 2, de la LOGJCC, y realiza cada parte del test. Inicia por examinar el fin constitucionalmente válido. Al respecto, observa que “cabe explorar tres fines diferentes: (i) extralegales, (ii) legales, y (iii) constitucionales” (Corte Constitucional, 2019a, p. 20). Este punto es muy interesante puesto que hasta este momento el análisis de la Corte sobre el fin constitucionalmente válido se había centrado específicamente en las disposiciones constitucionales, y siendo este un elemento del estándar que según la norma debe aplicarse, el establecimiento de unos alcances de su aplicación supone un desarrollo en la comprensión del estándar. Así, la sentencia va desarrollando cada uno de estos tipos de fines. No es difícil colegir el contenido de los fines llamados legales (contenidos en leyes vigentes) y constitucionales (contenidos en disposiciones constitucionales, que eran los únicos que se habían alegado hasta el momento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional). Sin embargo, respecto de los fines extralegales, queda la duda de cómo pueden determinarse. En el presente caso, se acude al contenido de las alegaciones realizadas en los *amicus curiae* presentados durante la sustanciación de esta causa en cuanto a los argumentos que no son estrictamente fundamentos legales o constitucionales.

Una vez así descritos, la argumentación valora cada uno respecto del caso concreto y contrasta los fines extralegales y legales con distintas disposiciones de la Constitución, concluyendo que los fines extralegales y legales en el presente caso carecen de validez por no estar en coherencia con

estas. De ese modo, obtenemos de este razonamiento un nuevo dato sobre el modo de aplicar el test, que implica la prevalencia de los fines constitucionales, y las disposiciones constitucionales como tamiz de validez de los otros tipos de fines. Adicionalmente, notamos que si bien de inicio la sentencia declara que la orientación sexual es una categoría sospechosa, a lo largo del examen sobre la finalidad se refiere solamente a un fin constitucionalmente válido, mas no a un fin imperioso.

Respecto del test de idoneidad, de igual manera, vemos que se revisa en el razonamiento que la medida se adecúe al fin, y se verifica también la necesidad, de tal manera que esa adecuación sea estricta. Es decir, que la medida sea la menos restrictiva de las posibles. En el presente caso, como se había indicado, la Corte parte de que el fin de la disposición revisada es la formación de una familia, por lo que su argumentación se refiere a ese fin.

Finalmente, sobre la proporcionalidad *strictu sensu* o propiamente dicha, la Corte Constitucional compara el equilibrio entre la restricción del derecho y el goce del derecho por parte del otro grupo de personas. Con lo cual, se desvía ligeramente de la definición clásica de este subprincipio que revisa el equilibrio entre el grado de sacrificio que supone la restricción de un derecho respecto del beneficio que reporta la obtención del fin que se persigue con la medida restrictiva. En este caso, más bien se compara si el goce del derecho por parte de un grupo presuntamente favorecido o privilegiado interrumpe el goce del derecho por parte del otro grupo presuntamente desaventajado.

El derecho supuestamente protegido es el derecho de las parejas heterosexuales al matrimonio. El derecho restringido es el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio. La restricción del derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo debe permitir la mejor y mayor protección del derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales. El sacrificio al ejercicio del derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo es importante porque habilita el ejercicio al matrimonio de parejas heterosexuales. Si existiese una relación causal entre el matrimonio de unos con el matrimonio de los otros, buscar un equilibrio debido tendría sentido. Lo cierto es que el matrimonio de las personas heterosexuales no está condicionado de forma alguna a la prohibición o permisión del matrimonio de las personas del mismo sexo (Corte Constitucional, 2019a, p. 25).

Esto implica una lógica por la cual se asume al goce de un derecho como un pastel que se debe dividir entre los grupos de personas, y que si unos tienen un pedazo, ese pedazo ya no lo pueden obtener los otros. Si bien esto puede darse en ciertas situaciones fácticas en que se establecen cupos limitados para plazas en instituciones educativas, o escaños en cargos públicos, donde el lugar de una persona necesariamente agota o limita la

posibilidad de otra de ocupar ese mismo sitio, no parece aplicable al caso concreto que la sentencia examina.

No obstante, esta sentencia impacta en la jurisprudencia de la Corte hacia lo venidero. Al respecto, podemos mencionar la Sentencia No. 603-12-JP/19, del 5 de noviembre de 2019. El fondo refiere a un acumulado de casos en que se dispone el registro de uniones de personas del mismo sexo por parte del Registro Civil.

La sentencia, en su parte argumentativa, interpreta directamente el contenido del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, inaugurando una jurisprudencia vinculante sobre la aplicación del estándar de la igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

“La definición anterior tiene tres elementos para configurar el trato discriminatorio: (i) la comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; (ii) la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas; (iii) la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando tiene como resultado el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos” (Corte Constitucional, 2019b, p. 3).

Este párrafo establece una interpretación vinculante sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación de la Constitución en que se desagrega el test en esos tres elementos, siguiendo lo marcado por la Sentencia No. 11-18-CN/19 sobre matrimonio igualitario. Se cierra un poco la discusión sobre la comparabilidad de situaciones “idénticas” frente a las que tienen “similitudes relevantes o no relevantes” que había marcado el análisis en un número importante de sentencias anteriores. Se equipara a este primero, el segundo elemento sobre categorías sospechosas, con lo cual se recoge lo que hasta el momento se había desarrollado respecto del estándar de este principio. Y se sintetiza en el mismo test el tercer elemento sobre el resultado, que viene a dotar de realismo el estándar, pues le añade la revisión fáctica de la existencia de un daño.

Vemos en esta sentencia, una vez más, el tratamiento de la orientación sexual como categoría sospechosa, que en la línea de la Sentencia No. 11-18-CN/19, aplica el test sin mencionar la necesidad de probar un fin imperativo o una adecuación estricta. Así, se fortalece el criterio de la

consideración de que son categorías sospechosas las que se ubican en el numeral segundo del artículo 11 de la Constitución¹⁸.

Sucede esto, también, en la Sentencia No. 1894-10-JP/20, en que se menciona como categoría sospechosa la condición de embarazo. Conscientes de que el listado enumerado en el numeral 2 del artículo 11 de categorías sospechosas no es taxativo, esta sentencia hace énfasis en los grupos contenidos en el artículo 35¹⁹ de la Constitución, entre los que se cuentan las mujeres embarazadas.

Con ello, se va determinando el estándar, estableciendo los límites de lo que se entenderá dentro de estas categorías que, como se ha dicho, exigen un test riguroso y la inversión de la carga probatoria²⁰. Con lo cual, parecería que se seguía ampliando, sin un desarrollo muy preciso de las motivaciones o mecanismos de análisis, las categorías sospechosas, con el único criterio de encontrarse enumeradas en los artículos constitucionales mencionados.

¹⁸ Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia No. 48-16-IN/21, del 9 de junio de 2021, sobre religión.

¹⁹ Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

²⁰ A este respecto cabe mencionar la Sentencia No. 309-16-SEP-CC, del 21 de septiembre de 2016, que indica:

«En el caso concreto, la decisión de no renovar el contrato de servicios ocasionales a una mujer embarazada o en período de lactancia efectivamente agrava la vulnerabilidad en la que se encuentra, ya que su sustento depende del trabajo que realice. Por lo tanto, no es dable que se imponga la necesidad administrativa de cumplir con determinada norma de personal, por encima de las necesidades vitales (de la trabajadora). Así, dicha decisión constituye fuente de vulneración al derecho a la igualdad en contra de la servidora pública» (Corte Constitucional, 2016, p. 23).

También podemos mencionar la Sentencia No. 072-17-SEP-CC, del 15 de marzo de 2017, que dice:

«Nuestra Constitución ha estructurado una serie de derechos y principios que buscan asegurar en la mayor medida el bienestar de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, por lo cual son ubicadas dentro de los grupos de atención prioritaria y se establecen como principales componentes del derecho al trabajo a ser protegidos durante el embarazo, la estabilidad y el acceso, todo esto con el objetivo de evitar tratos que pongan a las mujeres embarazadas que trabajan en desventaja frente al resto de la sociedad, es decir, con el fin de garantizar la igualdad material» (Corte Constitucional, 2017, p. 33).

En este estado de la cuestión, se emite la Sentencia No. 28-15-IN/21, de 24 de noviembre de 2021. Esta sentencia resuelve la acción de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 106, números 2 y 4, del Código de la Niñez y Adolescencia que de fondo indicaba que la patria potestad de los menores correspondía principalmente a la madre, salvo que esto vaya en contra del interés superior del menor.

En la argumentación de la sentencia, a partir del párrafo 145, se realiza un análisis sumamente importante respecto de las categorías sospechosas. Se comienza por establecer unos requisitos por los cuales se puede calificar a un criterio de distinción como sospechoso:

“(i) El grupo es un sujeto de discriminación; (ii) el grupo es desaventajado y ha sido sistemáticamente discriminado; (iii) el grupo ha sufrido históricamente—o sufre una extensión e intensidad de discriminación en mayor grado; o, (iv) los individuos del grupo han sido discriminados con base en factores inmutables que no podrían variarse con la voluntad de la persona” (Corte Constitucional, 2021, p. 32).

Al respecto, cabe notar que el disyuntivo “o” indica que no todas estas características deben ser concurrentes para que se pueda calificar el criterio de distinción como sospechoso, pero al menos una de ellas debe estar presente. Adicionalmente, la misma sentencia amplía estos requisitos mediante sendos pies de página que establecen pautas y guías ejemplificativas desde la doctrina.

Más adelante, el argumento de la sentencia distingue estos criterios de distinción en categorías sospechosas y categorías protegidas, delimitando los alcances de esta clasificación de categorías en el test que ha de aplicarse. Se indica que, en el caso de las categorías sospechosas, se aplica un test de escrutinio estricto mientras que en las categorías protegidas, el test será de un escrutinio medio. Y explica que para casos de igualdad formal, se aplicará un test de escrutinio bajo.

El criterio de la Corte sobre este punto es que:

“Utilizar el mismo estándar para todas las diferencias del extenso catálogo reconocido en el artículo *ibidem*, generaría una pérdida de relevancia del escrutinio estricto, el cual busca una mayor protección a favor de grupos que han sido histórica, sistemática y estructuralmente excluidos” (Corte Constitucional, 2021, p. 33).

En este orden de ideas, la sentencia expone la configuración de los test de escrutinio estricto y medio, así como el análisis sobre la calificación de la categoría sospechosa. Sobre el test de escrutinio estricto, aplicable a categorías sospechosas, establece que debe justificarse que:

“(i) El fin de la distinción es constitucionalmente imperioso; no solo constitucionalmente legítimo o válido; además, se debe evaluar que: (ii) la medida sea perfectamente diseñada para el fin, en cuanto a su idoneidad; (iii) la medida sea la única idónea y la menos gravosa en lo referente a su necesidad; y (iv) la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional en lo alusivo a la proporcionalidad” (Corte Constitucional, 2021, p. 34).

Es decir, que se aplica el test de igualdad formal junto con el test de proporcionalidad de manera estricta. Mientras que, respecto de las categorías llamadas “protegidas”, indica que el test de escrutinio medio que se seguirá debe justificar que:

“(i) La medida adoptada persigue un fin constitucionalmente válido o legítimo; (ii) la medida es adecuada para cumplir tal fin constitucional; (iii) la medida es la menos gravosa para el ejercicio de los derechos; y, (iv) la medida busca que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional” (*Ibíd.*).

Con la revisión de los requisitos de clasificación entre categorías sospechosas y protegidas, la sentencia establece que la categoría “sexo” al tratarse de hombres es una categoría protegida. A ese respecto, aplica el test para el caso concreto y finalmente, con un extenso y profundo análisis, declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada con un voto de mayoría.

Sin duda, esta sentencia completa y delimita el estándar actual del principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. Mediaron ocho años entre la sentencia que estableció todos los criterios del artículo 11, numeral 2, de la Constitución de la República del Ecuador como categorías sospechosas, estableciendo de esa manera la inversión de la carga de la prueba en prácticamente cualquier alegación de discriminación, hasta que este fallo establece un equilibrio que acerca el razonamiento de la Corte Constitucional a las realidades sociales. Es un criterio que ya se intuía en sentencias anteriores²¹ y se ha concretado en esta pieza de jurisprudencia de tal modo que se puede considerar que existe por ahora un estándar mucho más claro y aplicable. Es importante con el tiempo ver la aplicación de estos argumentos en otras sentencias y su penetración en el razonamiento judicial de Cortes de menor grado en el país.

²¹ A saber, la Sentencia No. 55-16-IN/21, de 12 de mayo de 2021, según la cual “el nivel de escrutinio respecto de un trato diferenciado es mayor cuando se trata de una categoría sospechosa de discriminación en la que se presume la inconstitucionalidad del trato”, y la Sentencia No. 1-18-IN/21, de 8 de septiembre de 2021, que apuntaba que “no se basa en una categoría sospechosa o al menos sea una de las protegidas por la Constitución, el escrutinio sobre la presunta distinción inconstitucional es uno de mera razonabilidad”.

VI. CONCLUSIONES

1. El test de igualdad y no discriminación aplicable hoy en el Ecuador es el del artículo 3, numeral 2, de la LOGJCC, y su desarrollo se ha dado sobre la base de la interpretación y aplicación judicial de este test por parte de la Corte Constitucional.

2. Existe un notorio progreso en la profundidad del análisis de los fallos a partir de la conformación de los miembros integrantes de la Corte Constitucional desde el año 2019. De hecho, en este tiempo se dictan las dos sentencias que han sido la clave de lo que hoy es el estándar del principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

3. El mayor precedente en el primer período de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana puede considerarse la Sentencia No. 080-13-SEP-CC. Sin embargo, como se vio, si bien podría parecer que aportó a la delimitación del estándar, al establecer todos los criterios citados en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador como categorías sospechosas, en realidad no colaboró con la construcción de un estándar definido sobre el principio de igualdad y no discriminación. Esto es porque las consecuencias jurídicas del establecimiento de un catálogo tan amplio y abierto de categorías sospechosas eliminó la posibilidad de valorar una gradación entre distinciones realmente arbitrarias que pueden menoscabar gravemente los derechos de las personas y otras menos gravosas. A esto debe añadirse que significó la inversión de la carga de la prueba, por dotar de presunción de inconstitucionalidad casi a cualquier distinción, abriendo así la posibilidad de estimular la interposición desleal de acciones con poco fundamento fáctico y de fondo.

4. La Sentencia No. 11-18-CN/19 sobre matrimonio igualitario, que describe de manera clara y específica el test del principio contenido en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República sobre igualdad y no discriminación y para ello desagrega tres elementos. Primero, la comparabilidad que se refiere a la verificación de situaciones jurídicas idénticas o semejantes. Segundo, la constatación de una distinción o trato diferenciado en virtud de alguno de los criterios de ese artículo, sin que se le considere taxativo. Tercero, el juicio sobre el resultado en que se aplica el test de razonabilidad. Estos tres elementos configuran hoy por hoy el aspecto formal del estándar del principio.

En cuanto al primer elemento, consideramos que habrá que poner atención al desarrollo de los conceptos de lo que puede considerarse semejante, idéntico, en cuanto a las situaciones jurídicas de los sujetos, de

tal manera que es la misma Corte Constitucional la que irá estableciendo los criterios para valorarlo. Sobre el segundo elemento, consideramos fundamental que se exija la constatación del trato diferenciado pues es el elemento que informa el examen que realizará el juez. En cuanto a las categorías de distinción, el estándar es el que establece la Sentencia No. 28-15-IN/21 sobre la patria potestad, es decir, no todas son sospechosas ni merecen el mismo nivel de escrutinio. El tercer elemento es el resultado, que completa el estándar y cierra la interpretación de la aplicación del principio, en la forma en que se establece en el texto constitucional.

Sobre este tercer punto, la mencionada sentencia desarrolla la aplicación del test de razonabilidad del artículo 3, numeral 2, de la LOGJCC. Establece una novedad sobre su primer elemento que es el del fin constitucionalmente válido, clasificando los fines en extralegales, legales y constitucionales, pero sin agotar los criterios de determinación de los primeros. Adicionalmente, si bien declara estar tratando una categoría sospechosa, no se refiere a un fin imperioso, sino solamente válido. Sobre el análisis de los medios, en cuanto a la aplicación de los subprincipios de idoneidad y necesidad tampoco se nota un examen especialmente estricto, y sobre la proporcionalidad *strictu sensu* desarrolla una argumentación que, como ya se ha indicado, a nuestro parecer no estaba completamente ajustada a la naturaleza del caso.

5. Finalmente, es fundamental indicar que si bien la Sentencia No. 11-18-CN/19 sobre matrimonio igualitario es precursora de la forma del estándar actual, la perplejidad sobre las categorías sospechosas permanecía. Es así que la Sentencia No. 28-15-IN/21 viene a delimitar los alcances de fondo de lo que es hoy el test del principio de igualdad y no discriminación en Ecuador. Esto es, que se establecen tres niveles de escrutinio: la mera razonabilidad para igualdad formal, el escrutinio medio para categorías protegidas y el escrutinio estricto para categorías sospechosas con lo cual marca distintos niveles de intensidad para la aplicación del test de razonabilidad. Y, a su vez, se determina que nos encontramos frente a una categoría sospechosa si se cumple al menos uno de los requisitos, que son el de pertenecer a un grupo sistemática o históricamente discriminado o que la causa de la distinción sea una característica subjetiva inmutable. Estas características se toman de la jurisprudencia de la Corte IDH en parte, y tienen también desarrollo dentro de la doctrina, pero al tratarse de una sentencia reciente de la Corte Constitucional del Ecuador, hemos de poner atención sobre los fallos sucesivos en la materia, que irán estableciendo y delimitando el alcance de estos criterios.

REFERENCIAS

- Aguilera Rull, A. (2007). Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2007, 396.
- Bernal Pulido, C. (2002). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. En Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (Coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, 51-74. VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Corte Constitucional de Colombia (1996). Sentencia C-22-1996, del 23 de enero de 1996.
- Corte Constitucional del Ecuador (2009a). Sentencia No. 002-09-SIN-CC, del 14 de mayo de 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador (2009b). Sentencia No. 0008-09-SAN-CC, del 9 de diciembre de 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador (2010a). Sentencia No. 001-10-SAN-CC, del 13 de abril de 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador (2010b). Sentencia No. 004-10-SIN-CC, del 29 de abril de 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador (2013). Sentencia No. 080-13-SEP-CC, del 9 de octubre de 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador (2015a). Sentencia No. 119-15-SEP-CC, del 22 de abril de 2015.
- Corte Constitucional del Ecuador (2015b). Sentencia No. 191-15-SEP-CC, del 10 de junio de 2015.
- Corte Constitucional del Ecuador (2016). Sentencia No. 309-16-SEP-CC, del 21 de septiembre de 2016.
- Corte Constitucional del Ecuador (2017). Sentencia No. 072-17-SEP-CC, del 15 de marzo de 2017.
- Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 11-18-CN/19, del 12 de junio de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 603-12-JP/19, del 5 de noviembre de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador (2020). Sentencia No. 1894-10-JP/20, del 4 de marzo de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia No. 55-16-IN/21, del 12 de mayo de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia No. 48-16-IN/21, del 9 de junio de 2021.

- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia No. 1-18-IN/21, del 8 de septiembre de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia No. 28-15-IN/21, del 24 de noviembre de 2021.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, del 24 de febrero de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Sentencia del caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, del 24 de octubre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Sentencia del caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, del 22 de junio de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 14: igualdad y no discriminación*. Corte IDH.
- Corte Suprema de los Estados Unidos (1944). *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214 del 18 de diciembre de 1944.
- Díaz de Valdés Juliá, J. M. (2018). Las categorías sospechosas en el Derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 50 (1), 189-218.
- Ecuador (2008). Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, del 20 de octubre de 2008.
- Ecuador (2009). Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial No. 544, del 9 de marzo de 2009.
- Ecuador (2014). Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180, del 10 de febrero de 2014.
- Eguiguren Praeli, F. J. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas: Revista de la Asociación Ius et Veritas*, 15, 63-72.
- Íñiguez Manso, A. R. (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 (2), 495-516.
- Martínez Rodríguez, C. (2017). Origen y tratamiento constitucional del principio de proporcionalidad en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 9 (18), 125-148.
- Navarro Nieto, F. (2015). El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 130, 83-134.
- Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, de 22 de noviembre de 1969.
- Ortiz Custodio, J. D. (2018). La Corte Constitucional, el derecho a la igualdad y las categorías sospechosas. *Iuris Dictio*, 21, 81-95.
- Pérez Portilla, K. (2007). *Principio de igualdad, alcances y perspectivas*. Porrúa.

- Revelo, J. (2001). Los tratados internacionales como criterio de interpretación de los derechos fundamentales constitucionales en el ordenamiento español. *Revista Derecho del Estado*, 11, 105-131.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2016). Alcance y límites del principio de proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho*, 43 (1), 283-309.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2018). *Igualdad e igualdades*. Ilatina.
- Ruiz, O. J. (2009). *Lecciones de hermenéutica jurídica*. Ediciones Universidad del Rosario.
- UNESCO (2021). *Women in Higher Education. Has the Female Advantage Put an End to Gender Inequalities?* [informe]. UNESCO International Institute for Higher Education in Latin America and the Caribbean & Network for International Policies and Cooperation in Education and Training.
- Vicente, E. (2008). La reforma de las Naciones Unidas y los derechos sexuales: hacia una cuarta generación de derechos humanos. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 43 (1), 39-96.
- Vivanco Martínez, A. (1999). La garantía constitucional de igualdad ante la ley: ¿de qué igualdad estamos exactamente hablando? *Revista Chilena de Derecho*, 26 (1), 173-186.