

**Universidad San Francisco de Quito USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**El sistema de escrutinios: análisis comparativo de la  
jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador y la  
jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los  
Estados Unidos**

**Enma Melissa Cabrera Miranda**

Director: Dr. Mauricio Maldonado Muñoz, PhD

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de  
Abogado

Quito, 27 de diciembre de 2019

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

“El sistema de escrutinios: análisis comparativo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos”

Enma Melissa Cabrera Miranda

Mauricio Maldonado  
Director del Trabajo de Titulación

Juan Pablo Aguilar  
Lector del Trabajo de Titulación

Diego Pérez  
Lector del Trabajo de Titulación

Farith Simon  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

The image shows four handwritten signatures in blue ink, each positioned above a horizontal dotted line. The signatures are: 1. A large, stylized signature for Mauricio Maldonado. 2. A signature for Juan Pablo Aguilar. 3. A signature for Diego Pérez. 4. A signature for Farith Simon.

Quito, diciembre del 2019

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
**COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**  
**INFORME DE DIRECCIÓN**  
**TRABAJO DE TITULACIÓN**

Quito, a 13 de noviembre de 2019

*Estudiante:* Melissa Cabrera Miranda

*Título del trabajo:* “El sistema de escrutinios: análisis comparativo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos”.

*Evaluación:* El trabajo de titulación de la estudiante Melissa Cabrera Miranda aborda un tema muy interesante y relevante en el ámbito del derecho constitucional, así como de la teoría de los derechos fundamentales. Se trata del análisis del así llamado “sistema de escrutinios”, que es tratado, como se puede apreciar en el trabajo, como una “forma” del principio de razonabilidad en los casos en donde está en juego el principio de igualdad. Este sistema fue inicialmente desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, y, luego, receptado –con variantes– por otras cortes. Hoy en día es común tratar el principio de igualdad en términos de la razonabilidad de las distinciones. Lo dice Bobbio tanto como Nino, y así lo analizan algunas cortes importantes del mundo (la alemana, la italiana, la argentina, entre otras), así como nuestra Corte Constitucional. El trabajo de la estudiante Cabrera Miranda es, entonces, relevante, así como actual.

La problemática tratada, además, es afrontada con rigor metodológico. Se trata, por otro lado, de un trabajo con varios puntos muy interesantes, sea en términos doctrinarios, sea en términos teóricos. La tesina en mención no constituye solamente un trabajo comparativo, dado que las bases sobre las que se asienta son sólidas (sea desde la teoría de los derechos, sea desde la teoría de la democracia). El problema de la igualdad es, de hecho, muy relevante. No solo porque existen –como decía Bobbio– diferentes enfoques en disputa (doctrina igualitarista v. liberal), sino también porque se dan desacuerdos acerca de su alcance en los estados democráticos (donde la vale la fórmula de la *libertad igual*; lo que, a su vez, da lugar a “tres conceptos de libertad”, en donde, en distintos niveles, todos se relacionan con la igualdad). Por otro lado, el ejercicio comparativo realizado por la estudiante demuestra su conocimiento y análisis de varios casos emblemáticos o paradigmáticos (en particular en la tradición estadounidense), lo que le permite realizar una evaluación acerca de la recepción efectiva que ha tenido el sistema de escrutinios en el Ecuador (también en el ámbito de las diferencias que este presenta con relación al modelo americano). Se trata, en consecuencia, de un aporte valioso que merece ser discutido en una defensa del trabajo de titulación, a la cual recomiendo dar paso de acuerdo con los procedimientos correspondientes del Colegio de Jurisprudencia, visto este informe de aprobación.

Atentamente,



Prof. Mauricio Maldonado Muñoz  
DIRECTOR

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:

\_\_\_\_\_

Nombre:

Enma Melissa Cabrera Miranda

Código

00124270

C. C.:

0923140800

Fecha:

Quito, 27 de diciembre de 2019.

***Agradecimiento:***

*A Dios*

*A mi familia, por el apoyo incondicional*

*A Mauricio, mi director, por ser una constante guía*

*A Hernán, por la comprensión y el amor que me brindó en todo momento*

## **Resumen**

El presente trabajo de titulación atiende a una de las bases fundamentales de un Estado Democrático, la protección del principio de igualdad. Con el propósito de salvaguardar dicho principio, la Corte Suprema de Estados Unidos ha desarrollado mediante su jurisprudencia un sistema de escrutinios judicial. Este sistema consiste en analizar, mediante un test de razonabilidad, si las normas que presentan un trato diferenciado son discriminatorias y, por tanto, inconstitucionales. A la jurisprudencia estadounidense se le atribuye el desarrollo de distintos niveles de intensidad en el escrutinio, al observar normas que incluyan ciertos tratos diferenciados, y; la utilización del concepto de categorías sospechosas. Por otro lado, la Corte Constitucional del Ecuador, ha receptado algunas de las nociones propuestas por la Corte Suprema, con el fin de implementar un sistema de escrutinios en el Ecuador. A partir de estos antecedentes, la problemática de este trabajo consiste en mostrar mediante un análisis comparativo de jurisprudencia, cómo el sistema de escrutinios adoptado por la Corte Constitucional del Ecuador difiere notablemente del que fue su inspiración. Desde una perspectiva constitucional, mi hipótesis es demostrar que estas diferencias entre la Corte Suprema de los Estados y la Corte Constitucional del Ecuador, se basan en los criterios de aplicación de los conceptos que comparten. La Corte Constitucional con base a su análisis del texto constitucional ecuatoriano, se ha limitado a tener un solo nivel de escrutinio, lo que puede tener como consecuencia que el sistema no sea el adecuado para proteger el principio de igualdad.

## **Abstract**

In this paper, I attempt to analyze one of the fundamental bases of any Democratic State, the protection of the principle of equal protection of the laws. In order to safeguard this principle, the United States Supreme Court has developed through its jurisprudence, a system of judicial scrutiny. This system, by means of a rational test, analyzes if the classifications among government actions are discriminatory, and therefore, unconstitutional. The jurisprudence of the United States is known for developing different levels of intensity in the judicial interpretation, and for the use of the concept suspicious categories. The Constitutional Court of Ecuador has received some of the notions proposed by the Supreme Court, in order to develop a system of judicial scrutiny in Ecuador. From this background, the problem embodied in this paper is how the system adopted by the Constitutional Court of Ecuador differs greatly from its inspiration. From a constitutional perspective, my hypothesis consists in presenting the differences between the Supreme Court of United States and the Constitutional Court of Ecuador, based on the criteria of application of the concepts they refer to. The Constitutional Court, based on its analysis of our Ecuadorian Constitution, has limited itself to having only one level of scrutiny, which may result in the system not being adequate to protect the principle of equal protection of the laws.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>1</b>	<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Generalidades .....</b>	<b>4</b>
2.1	<b>Principio de igualdad .....</b>	<b>4</b>
2.2	<b>Categorías Sospechosas.....</b>	<b>9</b>
2.3	<b>Principios de anti-subordinación y anti-clasificación.....</b>	<b>11</b>
2.4	<b>Introducción al sistema de escrutinios.....</b>	<b>15</b>
2.4.1	Introducción al sistema de escrutinios según la Corte Suprema de los Estados Unidos .	15
2.4.2	Introducción al sistema de escrutinios de la Corte Constitucional del Ecuador.....	17
<b>3</b>	<b>Análisis de Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.</b>	<b>18</b>
3.1	<b>Nivel de escrutinio leve o de mera racionalidad .....</b>	<b>18</b>
3.1.1	Requisito de legitimidad del fin estatal .....	19
3.1.2	Relación entre la clasificación y el fin estatal .....	20
3.2	<b>Nivel de escrutinio intermedio.....</b>	<b>21</b>
3.2.1	Clasificaciones basadas en el género.....	22
3.3	<b>Nivel de escrutinio estricto.....</b>	<b>24</b>
3.3.1	Categorías sospechosas: raza y nacionalidad .....	25
3.3.2	Justificaciones del nivel de escrutinio estricto .....	26
3.3.3	¿Dónde se reflejan la discriminación por raza y nacionalidad? .....	28
3.3.4	Acciones afirmativas basadas en categorías sospechosas .....	29
<b>4</b>	<b>Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República del Ecuador.....</b>	<b>31</b>
4.1	<b>Normativa ecuatoriana respecto del Principio de Igualdad y Derecho a no discriminación.....</b>	<b>31</b>
4.2	<b>Categorías sospechosas según la Corte Constitucional del Ecuador .....</b>	<b>32</b>
4.3	<b>Análisis de casos resueltos por la Corte Constitucional del Ecuador .....</b>	<b>35</b>
4.3.1	Sentencia No. 245-12-SEP-CC .....	36
4.3.2	Sentencia No. 292-16-EP-CC .....	37
4.3.3	Sentencia No. 080-13-SEP-CC .....	40
<b>5</b>	<b>Análisis Comparativo: sistema de escrutinios de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de los Estados Unidos .....</b>	<b>42</b>
<b>6</b>	<b>Conclusiones .....</b>	<b>46</b>
<b>7</b>	<b>Bibliografía .....</b>	<b>48</b>

## 1 Introducción

El principio de igualdad es uno de los pilares fundamentales de los Estados constitucionales. En palabras de Bernal Pulido, en un Estado en el que se le da la debida importancia al principio de igualdad, tanto las cargas como las ventajas sociales deben ser distribuidas equitativamente entre los ciudadanos<sup>1</sup>. El principio de igualdad así considerado impone una fuerte carga al Estado: la de dar el mismo trato a las personas que se encuentran en circunstancias similares. Por ende, el principio de igualdad o no discriminación<sup>2</sup> no se ve necesariamente comprometido en los casos en los que una situación específica requiera un trato diferente. Lo anterior, siempre y cuando el criterio de distinción que haya sido utilizado no sea considerado arbitrario. Esto será examinado con más detalle en líneas posteriores.

Para resolver si una diferencia de trato está –por hipótesis– objetivamente justificada y se encuentra dentro del marco constitucional; o, en caso contrario, se trata de una diferenciación prohibida por la Constitución, las cortes han formulado un “test (examen o principio) de razonabilidad”<sup>3</sup> como una herramienta argumentativa que funge de método en el control constitucional de determinadas regulaciones<sup>4</sup>. Para efectos del presente trabajo, se analizará el examen de razonabilidad<sup>5</sup> en su relación con el principio de igualdad y no discriminación. Se trata, según terminología de la Corte Suprema de los Estados Unidos, del así llamado “sistema de escrutinios”, entendido como una especie de principio de razonabilidad en el ámbito específico del derecho a la igualdad. Bien mirado, en todo caso, otros estándares más o menos análogos pueden hallarse en la jurisprudencia de otros sistemas. Estas cuestiones, sin embargo, no serán tratadas o problematizadas en este trabajo, que se limitará al análisis del caso estadounidense y a su comparación con el ecuatoriano.

En otros términos, el sistema de escrutinios judicial, en el marco del principio de igualdad y no discriminación, consiste en que al estar frente a una norma que prescribe un trato desigual, las cortes utilizan pautas o estándares, dentro del examen de razonabilidad, con la

---

<sup>1</sup> Bernal, 2002, 51-74.

<sup>2</sup> Más allá de las posibles diferencias de detalle, para los fines del presente trabajo, se utilizará al principio de igualdad y el *derecho a la igualdad o a la no discriminación*, de manera intercambiable. Esto entendiéndose como un reflejo de un compromiso de respetar y garantizar efectivamente los derechos *humanos* que se fundan en aquel principio. *Vid.*, en general, Nino, Bobbio.

<sup>3</sup> Saba, 2016, 40.

<sup>4</sup> Vásquez, 2018, 33.

<sup>5</sup> A lo largo del presente trabajo escrito se entenderá que el “principio de razonabilidad” (de raigambre norteamericana) se corresponde con el de “proporcionalidad” (de raigambre europea). *Vid.*, al respecto, Cianciardo, 2009, 94-102.

finalidad de determinar si las distinciones han de considerarse constitucionalmente legítimas o ilegítimas.

El sistema de escrutinios fue originalmente desarrollado en la jurisprudencia de los Estados Unidos, pero ha inspirado a cortes de otros países, y la Corte Constitucional del Ecuador no ha sido la excepción. Así pues, la Corte Constitucional efectúa un “test de razonabilidad” a efectos de determinar si, en casos concretos (de actos o normas jurídicas), se vulnera el principio de igualdad. La Corte ecuatoriana considera al examen mencionado anteriormente como una serie de parámetros que deben ser utilizados para determinar la constitucionalidad de la norma que está en juego<sup>6</sup>.

Para los fines prácticos de esta tesina, cabe destacar que la Corte Constitucional del Ecuador ha tomado como referencia algunos aspectos de la corte estadounidense. En la práctica, los criterios considerados por la Corte Constitucional del Ecuador difieren notablemente de aquellos que estructuran tal sistema de escrutinios. Lo anterior, en virtud de que el sistema de escrutinio por niveles, usado en la Corte estadounidense, no es aplicado por la Corte ecuatoriana. Asimismo, la Corte Constitucional ecuatoriana ha considerado a todas las distinciones como *sospechosas*, en virtud de una interpretación del artículo 11 numeral 2 de la Constitución, mientras que la Corte estadounidense le da esta categoría solo a la raza y nacionalidad. Esto será analizado más adelante.

Este trabajo tiene como finalidad mostrar, a través de un método comparativo, las coincidencias y diferencias en la aplicación del sistema de escrutinios por parte de la Corte Constitucional del Ecuador con relación a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

A efectos de cumplir con lo indicado, en la presente tesina se propone una estructura que se desarrollará en cuatro secciones. La primera sección de este trabajo tiene un tinte conceptual e histórico, aquí se revisarán las generalidades del principio de igualdad en un marco democrático. Para ello se acude a la reconstrucción que del principio realiza Bobbio, así como al análisis de la visión de Nino, complementaria a la anterior, a los efectos de comprender cómo el principio de igualdad puede ser entendido tanto como un enunciado descriptivo, normativo o analítico (y cuál de estos es el presupuesto conceptual que da origen al sistema de escrutinios). Dentro de esta misma sección, hay un acápite en que se define el concepto – medular a los efectos del tema de marras– de las “categorías sospechosas” y cómo es utilizado en las dos cortes que competen al objeto de análisis de este trabajo. En el acápite siguiente de la primera sección se explicarán brevemente los principios de “anti-subordinación” y “anti-

---

<sup>6</sup> Ortiz, 2018, 82.

clasificación” en su relación con *los* sistemas de escrutinio utilizados tanto en la Corte Suprema de Estados Unidos como en la Corte Constitucional del Ecuador.

En la segunda sección de esta tesina, se explicará, mediante casos específicos y emblemáticos, la aplicación y la naturaleza del sistema de escrutinio utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Cabe advertir que este análisis guarda conformidad con el alcance de la presente tesina ya que se pretende efectuar una comparación entre el sistema de escrutinio utilizado por la jurisprudencia ecuatoriana frente a aquel utilizado por la jurisprudencia estadounidense. Como se desprende de lo anterior, en la tercera sección de esta tesina se examinará, desde la perspectiva del análisis de algunos casos emblemáticos o paradigmáticos, la aplicación del sistema de escrutinios por parte la Corte Constitucional del Ecuador.

En la cuarta y última sección se desarrollará una comparación entre los criterios relevantes de cada jurisprudencia. Además, se buscará –en la medida de lo posible– puntualizar algunos de los problemas que la recepción de tal instituto (el sistema de escrutinios) podría generar, o ha generado efectivamente, en nuestra jurisprudencia.

## 2 Generalidades

### 2.1 Principio de igualdad

El reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales en el constitucionalismo a finales del siglo XVIII significó el paso de la reivindicación a la positivización de tales derechos. Si bien, generalmente las dos expresiones, derechos humanos/derechos fundamentales, suelen ser utilizadas de manera intercambiable, existe todo un debate teórico y doctrinario detrás, tema que, aunque no será profundizado en este trabajo, es necesario esclarecer como parte del aparataje conceptual que aquí se usa<sup>7</sup>. Guastini se ha pronunciado al respecto de estos términos, así:

La expresión derechos fundamentales parece contener en sí misma dos matices de significado: por un lado, se llaman fundamentales aquellos derechos que *fundamentan* el sistema jurídico; por otro lado, se llaman fundamentales aquellos derechos que *no requieren fundamento* en el sistema jurídico. El primer matiz supone una doctrina positivista del derecho, y el segundo, una doctrina iusnaturalista<sup>8</sup>.

A pesar de que, a primera vista, los dos conceptos que propone Guastini pueden ser considerados opuestos, bajo un análisis más avanzado, es posible afirmar que lo anterior no es necesariamente así. En efecto, un sistema de derechos, en el primer sentido, constituye un conjunto de “derechos jurídicos”; el segundo, por su parte, un conjunto de “derechos morales”. Tales derechos (fundamentales) jurídicos y morales no son *per se* opuestos. Históricamente, primero se reivindicaron ciertos derechos fundamentales como prerrogativas morales y solo después fueron incorporados como derechos positivos fundamentales (de rango constitucional). Se trata, entonces, de conceptos que “caminan” en planos diversos. Pero diverso no es, como se dijo ya, opuesto<sup>9</sup>.

Uno de los derechos primordiales en un sistema constitucional es el de igualdad, mismo que se encuentra positivizado y reconocido en la Constitución del Ecuador. Tal principio busca

---

<sup>7</sup> Vid., Guastini, 1999, 181-182.

<sup>8</sup> Guastini, 1999, 186.

<sup>9</sup> Maldonado, 2018, 36. A estos efectos, puede ser oportuno recordar también a Locke, quien, en su *Ensayo sobre el gobierno civil*, señala que el objetivo de la positivización de los bienes morales es, mantener y cuidar aquellos valores que se consideraban innatos, inalienables y universales (Que esto corresponda a una realidad efectiva, es algo que en esta tesis no será discutido). Diciendo esto, bien se puede decir, Locke acepta implícitamente tal distinción. Vid., Locke, 1690.

garantizar que «las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales sean, asimismo, iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido en la norma»<sup>10</sup>.

A efectos del presente trabajo, es esencial distinguir la igualdad desde una perspectiva igualitarista y desde una perspectiva liberal-democrática. En primer lugar, la doctrina liberal-democrática parte de la premisa consistente en que las personas tienen la capacidad para valerse por sí mismas con la condición de que tengan *similares oportunidades*<sup>11</sup>. Por otro lado, la doctrina igualitarista persigue una igualdad de *resultados*, sin considerar las particularidades de los individuos (en particular, los méritos y las habilidades) en una sociedad<sup>12</sup>. El principio que será considerado en el presente trabajo es aquel defendido por la doctrina liberal-democrática.

Adicionalmente, es importante mencionar que el vocablo “igualdad” ha sido históricamente abordado desde dos perspectivas: igualdad *de hecho* e igualdad *jurídica*. Con relación a la igualdad de hecho, Bobbio se refiere a la fórmula clásica de las declaraciones de derechos: «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»<sup>13</sup>. Respecto de lo anterior, Bobbio ha señalado que el problema de la igualdad de hecho tiene que ver con un aspecto “descriptivo” (¿son las personas de hecho iguales?). La respuesta frente a esto es que las personas no son, en diversos aspectos fácticos relevantes, iguales. Las personas son, en cierto sentido, iguales “frente a la muerte”; también, al menos en parte, en algunos aspectos biológicos, pero son fundamentalmente desiguales en varios aspectos que los distinguen (a veces radicalmente): las aptitudes con las que han nacido, la familia de la que provienen (en general, aquellos aspectos que suelen llamarse de “suerte natural”)<sup>14</sup>. La igualdad jurídica no tiene que ver, en cambio, con una constatación primaria de “hechos”, sino que se trata de un problema “normativo” (las personas *deben* ser tratadas como iguales frente a casos que se estiman iguales). Se trata, en primer lugar, de un tipo de igualdad formal. Ahora bien, el problema de la (des)igualdad de hecho se vuelve relevante a efectos de la igualdad jurídica en la medida en que la “igualdad” no sea entendida solo como un problema formal, sino también *material*. Sucede que, en la práctica, las sociedades no están “hechas” de individuos iguales

---

<sup>10</sup> Jiménez, J. en L. Prieto, 1995, 25.

<sup>11</sup> Maldonado, 2016, 145.

<sup>12</sup> En este punto es relevante incluir dos conceptos: Igualdad en los “puntos de partida” e Igualdad en los “puntos de llegada”. Los puntos de partida se refieren a la igualdad de oportunidades y esto puede ir relacionado con una visión liberal, mientras que la igualdad en los puntos de llegada es completamente incompatible con la idea liberal.

<sup>13</sup> *Vid.*, Bobbio, 1993, 71.

<sup>14</sup> Maldonado, 2016, 145.

(en el sentido de que algunas de sus “diferencias de hecho” pueden impedirles gozar genuinamente de una “libertad igual”)<sup>15</sup>, de modo que se hace necesario –en el marco de una concepción liberal-democrática– buscar, como ya se dijo, la realización de una cierta “igualdad de oportunidades” (que, como se vio, no implica una “igualdad de resultados”, propia de una doctrina igualitarista)<sup>16</sup>. Es por esto que, el Estado, mediante la protección de los derechos sociales, busca «crear oportunidades, generalmente mediante la eliminación de ciertas barreras de hecho»<sup>17</sup>. Proteger algunos derechos sociales, entonces, tiene como fin proteger la libertad misma: con los derechos sociales no se trata de disminuir las opciones personales de los individuos, sino de ampliar su abanico de posibilidades y, por consiguiente, su libertad efectiva (garantizar este marco de *igual* libertad)<sup>18</sup>.

En el ámbito de la igualdad jurídica, Bobbio desarrolla, además, dos conceptos. El primero es la igualdad *en los derechos*, la cual no solo abarca el derecho a ser considerados iguales frente a la ley, sino que incluye a todos los derechos fundamentalmente garantizados. Adicionalmente, este concepto busca que los ciudadanos puedan gozar *igualmente* de tales derechos. El segundo concepto es el de igualdad *frente a la ley*, este es tan solo una forma específica e históricamente determinada de igualdad de los derechos. Bobbio sintetiza el concepto de la igualdad jurídica precisando que esta es la igualdad en ese atributo conocido como la capacidad jurídica<sup>19</sup>. A manera de síntesis, entonces, se puede decir que la (des)igualdad de hecho es la que se manifiesta de manera natural (la diferencia biológica entre un hombre y una mujer, por ejemplo), mientras que la igualdad jurídica es la que se manifiesta “por obra” del derecho. Esta última genera, frente al poder, un deber de no discriminación<sup>20</sup>.

Para efectos prácticos del presente trabajo, es necesario mencionar que el sistema constitucional ecuatoriano busca promover tanto la igualdad formal cuanto la igualdad material. Esto, con base en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución ecuatoriana.

Ahora bien, es importante indicar que el principio de igualdad generalmente ha sido presentado como aquel según el cual “todas las personas son iguales”. Sin embargo, tal concepto puede llevar a equívocos. Lo anterior se desprende del análisis efectuado por Carlos Santiago Nino. Según Nino, el principio de igualdad puede comprenderse como un enunciado descriptivo, normativo o analítico<sup>21</sup>. Si se lo toma como un *enunciado descriptivo* –y el citado

---

<sup>15</sup> *Vid.*, Maldonado, 2016, 145.

<sup>16</sup> *Ibidem.*

<sup>17</sup> Maldonado, 2016, 145.

<sup>18</sup> Maldonado, 2019.

<sup>19</sup> Bobbio, 1993, 76.

<sup>20</sup> Prieto, 1995, 9-57.

<sup>21</sup> Nino, 2005, 411-412.

enunciado, “todas las personas son iguales”, pretende presentarse de ese modo—, se considera que las personas son *de hecho* iguales y, por esto, se presume que todas las personas tienen las mismas habilidades o los mismos talentos; aunque, obviamente, esto no se acerca a la realidad, porque todas las personas difieren unas respecto de otras en varios aspectos<sup>22</sup>.

Por otro lado, si se lo concibe como un *enunciado normativo* del tipo “todos deben ser tratados como iguales”, se entiende que este toma la forma de una norma que prescribe que todas las personas *deben ser* tratadas de igual manera. El problema de tal enunciado es que no parece ser una solución factible o conveniente. Lo anterior, debido a que hay personas que tienen diferencias relevantes, y que, en consecuencia, deberían ser tratadas de *manera diferente*; por ejemplo, cuando se trata de una persona con discapacidad que necesita atención especializada o de un “adulto-mayor” que requiere de atención prioritaria. Por último, siempre en los términos de Nino, el principio de igualdad abordado como un enunciado que debe ser interpretado analíticamente (digamos, para simplificar, un enunciado *analítico*<sup>23</sup>), a diferencia de los dos anteriores, presenta mayor complejidad en su análisis. Ello, en virtud de que el concepto de *hombre*<sup>24</sup> suele entenderse como una propiedad del tipo “todo-o-nada”, no gradual. En efecto, como señala Nino, ser hombre tiene la característica de que se la posee o no, pero no se la puede poseer en diferentes grados<sup>25</sup>. Esta última categoría tiene ciertas dificultades: esto se debe a que la propiedad de ser hombre puede ser, según cierto enfoque, reducida a propiedades como la racionalidad, la inteligencia o la afectividad; y estas son de tipo gradual, por lo que sería posible una adjudicación de consecuencias normativas de diverso alcance. Pero el principio de igualdad visto como un “enunciado analítico” es, justamente, lo que se está buscando, es decir, que el principio de igualdad sea tratado de esta manera (analizando casos diferentes como diferentes, los iguales como iguales) para poder entender a la igualdad como el reconocimiento de que cada ser humano es *diferente* a otros y que ser tratados por igual dentro del marco de un Estado democrático supone reconocer, también, la existencia de esas diferencias. Por esto, en términos liberales, se habla del ya citado principio de “igual libertad”<sup>26</sup>. No podemos ser igualmente libres si no tenemos garantizados ciertos derechos,

---

<sup>22</sup> Nino, 2005, 411-412.

<sup>23</sup> Aquí la denominación “enunciado analítico” no tiene el valor que suele tener en la lógica (enunciados necesariamente verdaderos). Cuando Nino habla, en esta parte, usando el término “analítico” se refiere a la necesidad de abordar el principio de igualdad realizando, cuando sea relevante un *análisis* de las diferencias relevantes.

<sup>24</sup> Nino, como Bobbio y otros, a menudo usaban el vocablo “hombre” en sentido meramente genérico como sinónimo de ser humano. Por razones bien conocidas, en todo caso, hoy dicha modalidad se encuentra en franco desuso.

<sup>25</sup> Nino, 2005, 412.

<sup>26</sup> Bobbio, 2009, 533.

tales como el derecho a ser y pensar de maneras diferentes (y a ser iguales a pesar de tales diferencias)<sup>27</sup>.

De acuerdo con la opinión a la que se adhiere Nino en su texto, se puede tomar en cuenta que la interpretación *analítica* del principio de igualdad es lo más cercano a una realidad conveniente o, en todo caso, adecuada a los efectos del cumplimiento de los fines que el principio de igualdad tiene en los sistemas democráticos. Pero Nino va más allá: señala, en efecto, que la igualdad democrática, así entendida, supone la distinción entre discriminaciones razonables e irrazonables. En términos latos, discriminar es hacer distinciones (esto no supone *per se*, que se trate de algo negativo); y, como se observará más adelante, hay diferencias que –en estos mismos sistemas democráticos– se estiman necesarias, razonables. Tanto en la reconstrucción doctrinaria de Nino, como en la jurisprudencia americana (y otras, como la italiana<sup>28</sup>), el principio de igualdad es garantizado en términos del principio de razonabilidad<sup>29</sup>.

Ahora bien, es interesante notar que esta aproximación analítica del principio de igualdad se encuentra de cierta manera reflejada en la legislación ecuatoriana, porque en el artículo que será citado en las próximas líneas se concibe la idea de que las diferenciaciones entre personas, en ciertos casos, son necesarias para garantizar el cumplimiento del derecho a la igualdad. En efecto, el artículo 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador señala:

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 socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

*El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad*<sup>30</sup>.

(Énfasis añadido)

---

<sup>27</sup> Nino, 2005, 415.

<sup>28</sup> *Vid.*, Guastini, 2012.

<sup>29</sup> Ya al inicio se dijo que de allí había nacido el “sistema de escrutinios” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

<sup>30</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 11.

Este artículo hace referencia, por un lado, a la igualdad formal, por otro, a la igualdad material (también el artículo 66 numeral 4). En consecuencia, la igualdad garantizada en el artículo 11 numeral 2 corresponde a aquella ante la ley y, asimismo, a la igualdad de derechos según es descrita por Bobbio. Ahora bien, el segundo y tercer inciso se refieren a la “discriminación” en el contexto del principio de igualdad. Esta, como dice Nino, puede tener un doble alcance, uno positivo y otro negativo. Las discriminaciones negativas, en un estado democrático, deberían estar proscritas. Por otro lado, las positivas, también conocidas como *acciones afirmativas* deben promoverse –en línea de principio– dentro de un marco de razonabilidad. Estos dos tipos de discriminación serán analizados más adelante. En todo caso, es menester, a la luz de este artículo, hacer hincapié en que los criterios que en él se encuentran podrían constituir “criterios sospechosos” o “categorías sospechosas”, en el sentido de que son casos en donde el trato diferenciado puede acarrear una violación del principio de igualdad o una discriminación irrazonable, estableciendo frente a ellos una especie de “presunción” (en eso consiste la categoría de “sospechoso”) que ha de ser superada para que la regulación pueda considerarse constitucional.

A manera de conclusión, se debe destacar que tanto en la reconstrucción doctrinaria de Nino, como en la jurisprudencia americana (y otras, como la italiana<sup>31</sup>), el principio de igualdad es garantizado analizado en el marco del *sistema de escrutinios* como una forma específica del principio de razonabilidad<sup>32</sup>.

## 2.2 Categorías Sospechosas

Los “criterios sospechosos” han sido comúnmente usados tanto por la Corte Constitucional del Ecuador como por otras altas cortes, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina<sup>33</sup> o el Tribunal Constitucional español, que, por su parte, los reconoce como *criterios prohibidos*<sup>34</sup>. No obstante, el concepto como tal, fue originalmente desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

---

<sup>31</sup> *Vid.*, Guastini, 2012, 33-41

<sup>32</sup> Ya al inicio se dijo que de allí había nacido el “sistema de escrutinios” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

<sup>33</sup> Saba, 2016, 83-84.

<sup>34</sup> Este concepto es utilizado por el Tribunal Constitucional español, y en palabras de Prieto Sanchís estos criterios representan simplemente una razón más intensa para la prohibición de la desigualdad normativa, pero una razón que puede quedar superada por otras razones que en el caso tengan un peso superior; esto requiere que haya una carga suplementaria de argumentación. El artículo 14 de la Constitución Española manda que, por regla general, la raza, el sexo o la religión no constituyen elementos razonables para diseñar un tratamiento jurídico particular.

Es cierto que el legislador, generalmente durante su ejercicio deliberativo, realiza distinciones, y que esto coloca a las personas en diferente posición frente al reconocimiento de un derecho, una exención o una obligación. Cuando se da este caso, como ya se ha dicho, las cortes analizan si estas diferenciaciones son conformes o no con la constitución. Las “categorías sospechosas”, en ese sentido, son aquellas distinciones que resultan *prima facie* incompatibles con los derechos constitucionales de las personas. En términos generales, estas categorías comparten una característica en común, esto es, se refieren a un grupo vulnerable o que históricamente se ha enfrentado a desventajas, por lo que se encuentra en dificultad para ejercitar plenamente los derechos que le han sido reconocidos<sup>35</sup>.

De lo anterior se desprende que las categorías sospechosas de discriminación son aquellas distinciones que están sujetas a una especie de “presunción de inconstitucionalidad”<sup>36</sup>. Esto quiere decir –en esta aproximación– que en los casos en los cuales estas categorías sospechosas se manifiestan, al que impugna la norma, en principio, le bastaría demostrar que esta recurre a tales categorías (sospechosas) y será el “defensor” de la norma (y entonces de la distinción) en quien recaiga la “carga de la prueba” (normalmente, el Estado). Tal “prueba” debe demostrar que la distinción que se ha realizado no es irrazonable, arbitraria, esto es, que crea una distinción donde –a la luz del principio de igualdad analíticamente interpretado– esta no debería existir. Ello, para justificar que la diferenciación de la que se habla tiene una finalidad legítima, es la opción más viable y que cumple con el requisito de la proporcionalidad entre el objetivo perseguido y el trato diferenciado<sup>37</sup>.

La Corte Suprema de los Estados Unidos únicamente considera como categorías sospechosas a la raza y la nacionalidad. Por esto, cuando se utiliza uno de estos criterios en un trato diferenciado, se aplica el nivel de *escrutinio estricto*. Este último es el nivel más riguroso del sistema, pues existe una “fuerte presunción” de que la norma en disputa es inconstitucional hasta que sea demostrado lo contrario. Adicionalmente a lo ya descrito, la Corte estadounidense considera como categorías “cuasi-sospechosas” a otros dos criterios: hijos ilegítimos y género<sup>38</sup>. Estas últimas se enfrentan a un nivel de *escrutinio intermedio*. Sin más precisiones por el momento, el análisis de los niveles de escrutinio se desarrollará en la siguiente sección.

---

<sup>35</sup> Ortiz, 2018, 83.

<sup>36</sup> En el presente trabajo se ha utilizado a la “presunción” refiriéndose a las presunciones que la doctrina suele llamar *iuris tantum*, estas son las presunciones de carácter jurídico que *admiten prueba en contrario*.

<sup>37</sup> En cuanto a esto hay que señalar, nuevamente, que no es un acaso que varios autores, como Cianciardo y Sapag, asimilen la tradición europea del “principio de proporcionalidad” con la tradición americana del “principio de razonabilidad”. Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad, Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, pp. 94-102.

<sup>38</sup> Didier, 2012, 241.

En el Ecuador, la Corte Constitucional, en diversas sentencias, ha abordado las categorías sospechosas, y la definición más clara que se ha obtenido es que «las categorías sospechosas son criterios utilizados tanto por el Estado, como por los particulares<sup>39</sup> con miras a realizar diferencias que nunca parecerían justificarse; y que en otros casos se presentan también como justificativos utilitaristas apelando a categorías como: el orden jurídico, el orden público, la moral pública, las buenas costumbres, etc.»<sup>40</sup>. Retomando el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, y en concordancia con el razonamiento de la Corte Constitucional, se desprende que las categorías identificadas en el mencionado artículo se consideran (todas, igualmente) sospechosas. La Corte Constitucional afirma que «quien acude a estas categorías o factores sospechosos para establecer diferencias en el trato, se presume que ha incurrido en una conducta arbitraria»<sup>41</sup>.

### 2.3 Principios de anti-subordinación y anti-clasificación

Los principios de anti-clasificación y anti-subordinación son aquellos que guían una decisión judicial tomada respecto de un caso en el que se trate una norma que incluya un trato diferenciado, y serán descritos a lo largo de esta sección, tomando en cuenta únicamente el punto de vista de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Esta sección no busca analizar profundamente la jurisprudencia respecto de este tema, pero utilizará la sentencia *Brown v. Board of Education* (1951) con el objetivo de explicar los principios antes mencionados y describir cómo estos influyen en el sistema de escrutinios tal y como lo conocemos en la actualidad.

Por un lado, el principio de anti-subordinación es el que defiende la idea de que el Estado no puede realizar prácticas que refuercen la inferioridad del estatus social de *grupos históricamente oprimidos*<sup>42</sup>. Con base en este principio, lo que se propone es que se eliminen las formas injustas de estratificación social. Según Owen Fiss, este principio busca que las leyes no agraven o perpetúen un estado de subordinación de un grupo especialmente en desventaja, por lo que lo llama *principio de los grupos en desventaja*<sup>43</sup>. Una característica relevante del mencionado principio es su aplicación asimétrica, esto es, que examina bajo

---

<sup>39</sup> Las categorías sospechosas pueden ser utilizadas a través de actos efectuados entre particulares, en una relación horizontal, pero en el presente trabajo se hará alusión a aquellas utilizadas en la relación vertical, Estado-particulares.

<sup>40</sup> Corte Constitucional del Ecuador, 2013, Sentencia No. 080-13-SEP-CC.

<sup>41</sup> Corte Constitucional del Ecuador, 2013, Sentencia No. 080-13-SEP-CC.

<sup>42</sup> Se entiende a los grupos históricamente oprimidos como aquellos que comparten una serie de desventajas y es objeto de discriminación a través de prácticas normalistas y estandarizadas.

<sup>43</sup> Balkin, J. & R. Siegel., 2003, 32.

escrutinio *estricto* a las distinciones efectuadas para oprimir a grupos subordinados, pero analiza bajo el examen básico de racionalidad (*escrutinio leve*) a las diferenciaciones que benefician a esos grupos sociales<sup>44</sup>.

Por otro lado, el principio de anti-clasificación es aquel que «prohíbe diferenciar o catalogar a personas, ya sea de manera abierta o encubierta, con base en una categoría prohibida»<sup>45</sup>. En concreto, según este principio, se considera que la simple utilización de una categoría sospechosa, como la raza, es ofensiva para la dignidad humana, de modo que debe ser analizada bajo el nivel de escrutinio estricto. Una característica importante de este principio de anti-clasificación es que es simétrico. Esto significa que, por el simple hecho de incluir una categoría sospechosa en una norma, esta será evaluada bajo el nivel de escrutinio estricto, lo que indica que se presume su inconstitucionalidad; y, entonces, que no se tomará en cuenta el hecho de que este trato diferenciado haya sido utilizado para perjudicar o para beneficiar a una persona.

De acuerdo con Reva Siegel, la anti-clasificación representa el valor del individualismo, esto es, defiende la concepción comprometida con los individuos más que con los grupos. De lo anterior se desprende que el mencionado principio abarca –entre otras– una característica importante de la tradición de la igual protección de los Estados Unidos: el compromiso de proteger a los *individuos* de toda forma de clasificación racial. Es válido acotar que cuando se trata de discriminación positiva, estos casos pueden estar justificados. Esto será tema de análisis en la próxima sección.

Ahora bien, una vez que han sido explicados los dos principios se puede iniciar a relacionarlos con el caso *Brown v. Board of Education*. Esta sentencia es una de las más paradigmáticas de la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, pues marcó un hito para el constitucionalismo liberal. Este caso fue presentado en la década de los cincuenta por Oliver Brown, el padre de Linda Brown, una niña afrodescendiente que no fue admitida en un colegio por razones atinentes a su origen étnico. Como se sabe, en aquella época persistía una política de segregación en los Estados Unidos. Brown alegó que era verdad que «los niños de raza negra tenían sus propias escuelas y los blancos las suyas» (las expresiones son de la época), sin embargo, señaló también que la infraestructura de las escuelas y la calidad de la educación en las escuelas para niños de raza blanca eran notablemente superiores a las de los niños de raza negra. En ese momento, la doctrina segregacionista se basaba en el principio *separados*

---

<sup>44</sup> Ortiz, 2018, 89

<sup>45</sup> *Ibidem*, 12.

*pero iguales*, el cual era considerado como un principio conforme a la Constitución de los Estados Unidos de acuerdo con la sentencia *Plessy v. Ferguson* (1896)<sup>46</sup>.

En este caso, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió que el hecho de separar a los niños en escuelas públicas distintas por la sola consideración de su raza, además de que las condiciones de las escuelas eran distintas e inferiores, privaba a los niños afrodescendientes de la protección igualitaria de las leyes que debían ser garantizadas por la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. En esta decisión se consideró que la doctrina *separados pero iguales* no tenía lugar, y que separar a los niños afrodescendientes de los niños blancos de similar edad generaba un sentimiento de inferioridad en cuanto a su estatus en la comunidad.

La importancia de la sentencia *Brown v. Board of Education* radica en que es considerada como el punto final en la era de la segregación en los Estados Unidos, debido a que se declaró, como ella, como un principio constitucional a aquel según el cual el gobierno no puede clasificar a las personas tomando como base a la raza. El debate a lo largo del tiempo, y que se describirá brevemente en esta sección, ha versado sobre si es que esta sentencia se basa en los principios anti-clasificatorios o si, más bien, se relaciona de mejor manera con el principio de anti-subordinación.

Al momento de revisar los primeros debates acerca de la sentencia de *Brown v. Board of Education*, es notorio que el modo en que los conflictos sobre los esfuerzos dados para cambiar el “orden racial” de una sociedad, configuran una *jurisprudencia de la transición*. Esto se manifestó de la siguiente forma:

Separar a unos niños de otros con edades y clasificaciones similares solamente debido a su raza, genera un sentimiento de inferioridad respecto de su estatus en la comunidad, que puede afectar sus corazones y mentes de un modo que difícilmente puede repararse<sup>47</sup>.

¿Pero cuáles fueron los argumentos detrás de la sentencia de *Brown v. Board of Education*?

---

<sup>46</sup> La sentencia del caso *Plessy c. Ferguson* (1896) fue un hito histórico para los Estados Unidos. La decisión fue que la segregación racial es constitucional bajo la doctrina *separados pero iguales*. El caso era sobre Homer Plessy, quien se sentó en un tren para personas blancas, el conductor le pidió que se vaya, pero Plessy se negó y luego fue arrestado. Los jueces decidieron que aquí no hubo ningún acto inconstitucional porque no se estaba afectando un derecho político o civil, y que los trenes diferenciados para los de raza negra no eran necesariamente inferiores.

<sup>47</sup> Siegel, 2008, 86.

En la época en la que se tomó esta decisión, el debate se centraba en el reclamo de Brown sobre las formas en las que la segregación afectaba a todas las personas de “raza negra” (el uso de los términos corresponde a dicha época). Lo que causó mucho debate en este caso fue el hecho de que se presentó evidencia basada en estudios psicológicos y sociales. Esta evidencia fue citada en la nota a pie de página número once de la decisión<sup>48</sup>, esto se dio porque los contemporáneos entendieron que la sentencia de *Brown v. Board of Education* se basaba únicamente del daño que la segregación causaba a los niños en edad escolar del grupo minoritario en cuestión.

Respecto de lo mencionado en el párrafo anterior, esta sentencia y la ideología que tiene detrás fue duramente criticada por académicos de la época. La crítica principal fue que los daños psicológicos causados por la segregación escolar no debían ser considerados como la única base de la sentencia de *Brown*. La que debió haber sido la motivación y el argumento clave detrás de *Brown* es que la segregación es una clasificación odiosa, y que de por sí es un mal, o, como se refirió Owen Fiss, «intrínsecamente arbitrario»<sup>49</sup>. Otra dura crítica que recibió esta sentencia es que se centró exclusivamente en la educación y falló en cuanto a la segregación en otros ámbitos de la sociedad<sup>50</sup>.

Luego de este breve análisis, se puede decir que el principio de la anti-clasificación no fue el fundamento de la decisión de *Brown*; al contrario, la fundamentación fue del principio de anti-subordinación. Esto, debido a que los valores que inspiraron a esta sentencia incluían la fuerte creencia de que el Estado debía prohibir un trato clasificatorio cuando afecte a ciertos grupos históricamente vulnerados u oprimidos, como el de los afroamericanos.

La sentencia específica de la que se ha hablado fue utilizada como un mecanismo para describir cada uno de los principios y cómo han sido aplicados por la corte estadounidense. Ahora bien, es pertinente explicar la importancia de estos principios dentro del marco del presente trabajo. La relevancia de estos radica en comprender qué principios son utilizados

---

<sup>48</sup> En la década de 1949, los psicólogos Kenneth y Mamie Clark diseñaron y condujeron una serie de experimentos conocidos coloquialmente como “La prueba de las muñecas”, para estudiar los efectos psicológicos de la segregación hacia los niños con ascendencia afroamericana. La prueba consistía en usar 4 muñecas, idénticas, pero diferente color de piel, para probar la percepción racial de los niños. El sujeto de estudio constaba de niños entre los 3 y 7 años, a quienes se les preguntaba que identifiquen la raza de las muñecas y que elijan el color de muñeca que prefieren. La mayoría de los niños prefirieron la muñeca blanca y le asignaron características positivas. La conclusión de los señores Clark fue que el prejuicio, discriminación y la segregación creaban un sentimiento de inferioridad entre los niños afroamericanos, además de afectarles negativamente su autoestima. Este testimonio fue utilizado para los fines pertinentes mientras se desarrolló la sentencia *Brown v. Board of Education*. Obtenido el 02 de octubre de: <https://www.naacpldf.org/ldf-celebrates-60th-anniversary-brown-v-board-education/significance-doll-test/>

<sup>49</sup> Fiss, 1965, 564-591.

<sup>50</sup> Siegel, 2004, 107.

como guía para el desarrollo de la jurisprudencia, tanto estadounidense como ecuatoriana, como un criterio adicional para la posterior comparación. Es válido terminar esta sección recordando que en la actualidad, «la tradición moderna de la igual protección está basada en la adopción del individualismo asociado al principio de anti-clasificación y como un rechazo a las preocupaciones constitucionales sobre las prácticas que implementan una desigualdad de grupo»<sup>51</sup>.

## **2.4 Introducción al sistema de escrutinios**

Los tratamientos diferenciados se pueden encontrar tanto en normas jurídicas como en otros actos provenientes de órganos estatales. Frente a lo anterior, el sistema de escrutinios consiste en examinar –mediante el principio de razonabilidad– si el tratamiento diferenciado en una norma jurídica o como consecuencia de una situación fáctica conduce a un fin constitucionalmente legítimo. Como se dijo en líneas anteriores, el sistema de escrutinios, (respecto del principio de igualdad y no discriminación) relevante para el presente trabajo, es aquel desarrollado por la Corte Suprema de Estados Unidos, mismo que inspiró en algunos aspectos al sistema de escrutinios de la Corte Constitucional del Ecuador. Con la finalidad de organizar de mejor manera este trabajo, primero se explicará este sistema según la Corte Suprema de los Estados Unidos y, luego, según la Corte Constitucional del Ecuador. Por el momento, en términos generales se puede decir que apuntan al «grado de desconfianza con que será evaluada la norma, o a los buenos o malos ojos, con que el juez mirará la clasificación»<sup>52</sup>.

### **2.4.1 Introducción al sistema de escrutinios según la Corte Suprema de los Estados Unidos**

El sistema de escrutinios estadounidense nace a partir de la ratificación de la Decimocuarta Enmienda<sup>53</sup>. Esta enmienda prohíbe cualquier acción gubernamental que afecte o perjudique el derecho de *igual protección* de las personas y prescribe que:

---

<sup>51</sup> Siegel, 2004, 84.

<sup>52</sup> Giardelli, Toller y Cianciardo. “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones, paralelismos entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y la del Sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad” En E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea. La ciencia del derecho procesal constitucional, Tomo IV (pp. 301-343). México: Marcial Pons.

<sup>53</sup> La Corte Suprema ha declarado que el análisis de la igual protección en la Quinta Enmienda es el mismo que el de la Decimocuarta Enmienda. *Vid.*, Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 93.

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá el Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la misma protección de las leyes<sup>54</sup>.

Este sistema de escrutinios fue originalmente planteado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y consiste en la aplicación de ciertos “estándares de razonabilidad”<sup>55</sup> desarrollados por ella (i.e., aquellos usados para analizar si un trato desigual es discriminatorio o no, y, por ende, constitucional o no). La Corte estadounidense ha clasificado el escrutinio en tres niveles: estricto, intermedio y leve (o de mera racionalidad). Estos serán analizados en la siguiente sección.

El objetivo general del sistema de escrutinios respecto del principio de igualdad en los Estados Unidos es analizar si en los casos en los que normas jurídicas prescriben un trato desigual se ve comprometido el derecho de *igual protección*, si hay una justificación *suficiente*. El concepto que se le da a esa *justificación suficiente*, dentro de la jurisprudencia americana, depende del nivel de escrutinio que se le aplique al trato desigual<sup>56</sup>.

En todo caso, cabe mencionar que antes de aplicar las pautas de cada nivel de escrutinio, la Corte Suprema debe hacer una revisión general que consiste en llevar a cabo tres pasos. En primer lugar, saber cuál es el tipo de clasificación<sup>57</sup> (diferenciación) que se manifiesta en la norma sujeta a análisis. En segundo lugar, determinar cuál de los tres niveles establecidos es el nivel de escrutinio apropiado para cada caso. En tercer lugar, determinar si existe relación entre los medios utilizados por las autoridades y el fin que se busca cumplir a través de la norma correspondiente.

La Corte estadounidense realiza esta revisión para observar cada caso en el que haya –o se presuma que pueda haber– discriminación para determinar cuál es aquel que tiene un propósito legítimo, suficiente y necesario detrás y cuál no lo tiene.

---

<sup>54</sup> *Vid.*, Constitución de los Estados Unidos de América, Decimocuarta Enmienda.

<sup>55</sup> Nótese, nuevamente, que aquí hay un paralelismo entre el pensamiento de Bobbio, el de Nino y el de la construcción que a propósito de ellos hacen las cortes en términos de la proporcionalidad o de la razonabilidad de la decisión. *Cfr.*, Cianciardo, 2009, 29-44.

<sup>56</sup> Cherminsky, 2006, 670.

<sup>57</sup> Traducción literal del idioma inglés de la palabra “*classification*”.

## 2.4.2 Introducción al sistema de escrutinios de la Corte Constitucional del Ecuador

Se ha hablado ya del sistema de escrutinio estadounidense como parte de una introducción al funcionamiento de este sistema. Ahora es pertinente dar una breve explicación de cómo funciona el sistema en el Ecuador, y cómo ha sido su recepción en nuestra jurisprudencia. La Corte Constitucional del Ecuador, en efecto, ha recurrido al sistema de escrutinios desarrollado en la jurisprudencia de la Corte estadounidense en algunas de sus decisiones<sup>58</sup>.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha incorporado la figura de las “categorías sospechosas” (tomando como base el ya citado artículo 11 numeral 2), y considera que su simple utilización sirve como una razón para “presumir la inconstitucionalidad de la norma”. A través del desarrollo de su jurisprudencia, sin el ánimo de profundizar en sentencias específicas en esta sección, la Corte Constitucional ha buscado establecer cuáles son los elementos que permiten establecer los casos en los cuales una distinción se encuentra justificada o no.

De manera similar al sistema de escrutinio utilizado por la Corte Suprema de Estados Unidos, la Corte Constitucional ecuatoriana ha implementado un examen de razonabilidad conformada por tres pasos. En primer lugar, se debe verificar la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual. En segundo lugar, es necesario verificar la validez material de ese objetivo respecto de la Constitución. En tercer lugar, se debe analizar la relación de proporcionalidad entre esta distinción y el fin que se persigue<sup>59</sup>.

Cabe mencionar que esto se entiende en un marco general en donde las leyes tienen como finalidad dar protección a los ciudadanos, proveer condiciones seguras para su desarrollo personal y equiparar a las personas desde el punto de vista de la igualdad formal y material. La Corte Constitucional ha manifestado que «un trato diferenciado está justificado únicamente para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario»<sup>60</sup>. El objetivo del examen de razonabilidad, dentro del sistema de escrutinios utilizado en el Ecuador, es analizar cuál es la pauta interpretativa que deben utilizar los jueces en los casos en que deba examinarse la constitucionalidad de las normas con tratos diferenciados. Esto será plasmado en casos específicos de sentencias emitidas por esta Corte; ello, en secciones posteriores.

---

<sup>58</sup> Corte Constitucional del Ecuador, 2012, Sentencia No. 245-12-SEP-CC, 11.

<sup>59</sup> Corte Constitucional del Ecuador, 2012, Sentencia No. 245-12-SEP-CC, 11.

<sup>60</sup> Corte Constitucional del Ecuador, 2013, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 21.

### 3 Análisis de Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica

En la sección anterior se habló de los conceptos y criterios claves que se analizarán en la presente sección. En esta se han seleccionado algunos casos relevantes para cumplir con los siguientes objetivos: explicar los niveles de intensidad a aplicar en el escrutinio y profundizar en los requisitos que cada nivel impone a la norma jurídica sujeta a análisis.

#### 3.1 Nivel de escrutinio leve o de mera racionalidad

El nivel de escrutinio leve o de mera racionalidad es el nivel más bajo en el sistema de escrutinios. Se espera que todas las acciones gubernamentales, regidas por el principio de igual protección, pasen este nivel. La Corte Suprema ha sostenido expresamente que las clasificaciones basadas en la edad, discapacidad, riqueza y orientación sexual deben ser analizadas bajo este estándar *leve*.

Respecto del mencionado nivel, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha demostrado ser flexible y presenta –en algunos casos– deferencia respecto de las acciones gubernamentales. Lo anterior se observa en la sentencia *McGowan v. Maryland* (1961), en cuanto la Corte ha sostenido lo siguiente:

La Decimocuarta Enmienda permite al Estado tener un amplio espacio de discrecionalidad cuando se trata de presentar leyes que afectan a ciertos grupos de ciudadanos, de manera diferente que a otros. Una ley puede ser considerada inconstitucional únicamente cuando se demuestra que la clasificación reposa sobre algo irrelevante para la obtención de un fin del Estado. En el caso del sistema de escrutinio leve, *se presume que los actos gubernamentales han sido desarrollados dentro de la constitucionalidad*, a pesar del hecho de que, en la práctica, el resultado del uso de esas leyes produce inequidad. Las leyes que prescriben un trato discriminatorio no serán consideradas inconstitucionales si es que se prueba mediante un argumento razonable, que ese trato es justificable<sup>61</sup>.

*(Énfasis añadido)*

Este nivel de escrutinio no presenta pautas claras, por lo que la Corte Suprema en la mayoría de los casos goza de plena libertad al momento de decidir. Por lo anterior, a veces ha sido muy

---

<sup>61</sup> *Vid.*, *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420, 425-426. (1961). De este punto en adelante, en aquellos casos en los que no esté disponible la versión castellana, la traducción será mía.

rigurosa, mientras que, en otros momentos, ha sido considerada laxa en el análisis de la constitucionalidad. La Corte Suprema se ha manifestado respecto de este nivel señalando que:

...la clasificación debe ser razonable, no arbitraria, y debe basarse en un criterio de diferenciación que tenga una relación aceptable y sustancia con el objetivo de la legislación de la ley de tal manera que las personas en circunstancias similares sean tratadas en forma semejante<sup>62</sup>.

De lo anterior se entiende que el trato diferenciado analizado bajo el nivel de mera racionalidad (nivel leve), debe tener un objetivo estatal *legítimo*, mismo que debe guardar conformidad con las facultades y prerrogativas que le corresponden al Estado<sup>63</sup>. Además, el trato diferenciado debe ser *potencialmente* adecuado para alcanzar dicho fin.

Cabe acotar que, en este nivel, está sujeto a la carga de la prueba aquel que tiene el interés en que la norma no pase esta “prueba de constitucionalidad” (el término “demandante” aquí es, hasta cierto punto, impreciso, visto que el sistema de control de constitucionalidad en los Estados Unidos –como bien se conoce– es diferente, por ejemplo, respecto del “modelo austríaco” de control<sup>64</sup>). Y es claro que en estos casos existe una gran deferencia con el Estado, dado que solo en aquellos que son realmente excepcionales se ha catalogado a una norma jurídica como inconstitucional por no cumplir con los requerimientos de este nivel de escrutinio<sup>65</sup>.

### **3.1.1 Requisito de legitimidad del fin estatal**

Se afirma, a estos efectos, que el gobierno tiene un propósito legítimo cuando cumple, el menos, con tres objetivos estatales tradicionales<sup>66</sup>: i) protección de la seguridad pública, ii) protección salud pública y iii) protección del orden público. Si bien los mencionados son propósitos estatales legítimos, no son los únicos. De hecho, cualquier objetivo que no esté expresamente prohibido por la Constitución es considerado como suficiente para cumplir con el examen básico de racionalidad<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> *Vid.*, F.S. Royster Guano v. Virginia, 253 U.S. 412. (1920).

<sup>63</sup> Cherminsky, 2006, 671-673.

<sup>64</sup> *Vid.*, García de Enterría, 2006, 123-134. Por lo demás, en este trabajo no abordaré otros aspectos relativos al problema de la “estructura” de los sistemas de control de constitucionalidad.

<sup>65</sup> Cherminsky, 2006, 672.

<sup>66</sup> Los tres criterios serán conjuntamente relevantes solo en ciertos casos, en los otros, bastará con que la regulación cumpla con los demás propósitos (a condición de que no afecta a los otros, en esto consistiría el “criterio de relevancia”).

<sup>67</sup> *Ibídem.*

Ahora bien, saber si en realidad el propósito de una norma debe ser real o basta con que sea concebible es importante para determinar el impacto que tiene el examen de mera racionalidad. Este tema ha sido razón de discusión académica, en donde se pueden identificar, al menos, dos posiciones.

La primera posición defiende el argumento de que, para pasar el examen de mera racionalidad, se necesita hallar un propósito estatal real de la norma en disputa. Si cualquier propósito concebible fuera considerado suficiente, muy pocas leyes serían consideradas inconstitucionales. Además, el Estado podría inventar cualquier objetivo legítimo concebible para cualquier norma. Por esto, se defiende que el nivel de escrutinio leve es válido solo si la Corte Suprema se limita a analizar el objetivo “real” de las leyes<sup>68</sup>.

La segunda posición defiende que son pocos los casos en los que hay un propósito real e identificable detrás de una ley, esto porque los legisladores pueden tener diferentes razones para apoyar a una misma norma. El juez Rhenquist<sup>69</sup> remarcó que «cuando se busca un propósito real, se asume que cada uno de los legisladores están motivados por un objetivo real y discernible, e ignora el hecho de que los diferentes legisladores pueden votar a favor de una misma ley por diferentes razones»<sup>70</sup>.

Para los fines del presente trabajo, no se adopta ninguna de las posturas anteriores. Solo basta mencionar que es la Corte Suprema de los Estados Unidos la que debe discernir qué estándar aplicar entre tales posturas, para adaptar el nivel de rigurosidad de este examen de mera racionalidad a cada caso concreto.

### **3.1.2 Relación entre la clasificación y el fin estatal**

Al momento de determinar la relación entre la clasificación y el fin estatal, es menester analizar el alcance de las normas en disputa. De acuerdo con este alcance, las normas pueden ser sub-inclusivas o sobre-inclusivas.

Las leyes sub-inclusivas son aquellas que no regulan a todas las personas que se encuentran en una situación similar<sup>71</sup>. Lo que realmente preocupa de estas leyes es que el Estado afecte a un grupo que tenga poca influencia política y favorezca a un grupo que sí tenga apoyo político. La Corte se ha pronunciado respecto de esto diciendo que las leyes sub-inclusivas pasan el

---

<sup>68</sup> Cherminsky, 2006, 683.

<sup>69</sup> Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, período 1986-2005.

<sup>70</sup> *Vid.*, *Kassel v. Consol. Freightways Corp.*, 450 U.S. 662, 702-703 (1981) (Rehnquist, J., dissenting).

<sup>71</sup> Cherminsky, E. (2006). *Constitutional Law: Principles and Policies*. (pp. 686). New York: Aspen Publisher.

nivel leve de escrutinio debido a que el Estado «da un paso a la vez y se dirige directamente a la fase del problema que parece ser más agudo para el legislador»<sup>72</sup>.

Las leyes sobre-inclusivas son aquellas que regulan a individuos que no están en situaciones similares, esto es, que afectan a más personas de las necesarias para cumplir con un objetivo. Estas leyes pueden ser consideradas injustas<sup>73</sup>.

Como se desprende de la opinión de la Corte Suprema acerca de este nivel, este es muy laxo por lo que permite que tanto las leyes sub-inclusivas con aquellas sobre-inclusivas pasen este examen de racionalidad. La importancia de este tema radica en definir, como pauta del nivel de escrutinio, al hecho de que el trato diferenciado sea *potencialmente* adecuado para alcanzar dicho fin.

En este punto basta sintetizar, sin más precisiones, que para la ratificación de la constitucionalidad de una norma que comprende un trato diferenciado, el nivel de escrutinio leve o de mera racionalidad busca que se cumplan dos requisitos. Primero, que el trato diferenciado tenga un fin estatal legítimo y, luego, que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo<sup>74</sup>.

### 3.2 Nivel de escrutinio intermedio

El nivel *intermedio* de escrutinio fue el último en ser desarrollado, porque la Corte Suprema, hasta la década de 1970, se limitaba a aplicar solamente dos niveles: estricto y leve. A pesar de que este nivel fue desarrollado posteriormente en la jurisprudencia de la Corte Suprema, por una cuestión de metodología será analizado en este momento.

A la luz del nivel de escrutinio intermedio, la constitucionalidad de la norma jurídica en discusión es ratificada si se demuestra que está sustancialmente relacionada con algún fin estatal *importante*. En estos casos, al igual que en los casos de escrutinio estricto, el Estado tiene la “carga de la prueba”. Esto, según lo establecido en la sentencia de *United States v. Virginia* (1996), «la carga de la justificación es altamente demandante y recae enteramente sobre el Estado»<sup>75</sup>. La Corte estadounidense, mediante diversas decisiones, ha establecido que este nivel se utiliza para analizar la constitucionalidad de normas que incluyan tratos diferenciados basados en el género y en la alegada ilegitimidad de un hijo. A pesar de que este nivel de escrutinio analiza las dos categorías antes mencionadas, dentro del presente trabajo

---

<sup>72</sup> *Vid.*, *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483, 489. (1955)

<sup>73</sup> Cherminsky, 2006, 686.

<sup>74</sup> Vázquez, 2018, 83.

<sup>75</sup> *United States v. Virginia* 518 U.S. 515. (1996).

solamente se tomará en cuenta a las clasificaciones basadas en la categoría género, y no a la ilegitimidad de un hijo<sup>76</sup>.

En este punto es relevante indicar los requisitos que deben ser cumplidos para que una norma clasificatoria pase el nivel de escrutinio intermedio, esto es, que se pruebe la importancia de la finalidad gubernamental en la “restricción de derechos”<sup>77</sup>, y que la medida utilizada esté sustancialmente relacionada –que tenga efectividad– con la consecución del fin<sup>78</sup>.

### 3.2.1 Clasificaciones basadas en el género

En primer lugar, se hablará de la categoría de género. Respecto de este tema cabe mencionar que ha habido una larga historia de discriminación en contra de las mujeres en casi todos los aspectos de la sociedad. Algunos hechos que ejemplifican la discriminación en contra de las mujeres son los siguientes: (1) La mujer no tenía derecho a votar hasta que se ratificó la Décimo novena Enmienda en 1920<sup>79</sup>; (2) Ninguna mujer ha sido elegida presidenta o vicepresidenta de los Estados Unidos; y, (3) De los 114 jueces que ha tenido la Corte Suprema de los Estados Unidos, únicamente cuatro han sido mujeres y obtuvieron ese cargo a partir de 1980.

En la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, los casos más antiguos ratificaban la constitucionalidad de las diferenciaciones basadas en el género, pero una sentencia muy debatida en 1973 fue la que estableció que este criterio debía pasar por un nivel de escrutinio más riguroso que el examen de mera racionalidad.

Los primeros casos de discriminación por género pasaron solamente por un test judicial leve. En la sentencia a *Bradwell v. Illinois* (1871), se le negó a una mujer la licencia para ejercer su profesión de abogada<sup>80</sup>. Una opinión bastante importante en este caso fue la del Juez

---

<sup>76</sup>Respecto de la ilegitimidad de un hijo, la Corte Suprema se ha pronunciado dejando claro que el nivel intermedio es el que debe aplicarse porque es un criterio que se encuentra fuera del control de la persona y no tiene relación alguna con la habilidad del individuo de participar y contribuir con la Sociedad. La Corte ha determinado que el principal rasgo diferenciador entre esta categoría y otras, sospechosas, como la raza es que los hijos ilegítimos no tienen la historia de discriminación que han sufrido grupos como el de los afroamericanos. (Cherminksy, 2006, 777).

<sup>77</sup> Los términos “restricción”, “limitación”, “delimitación” de derechos, han dado lugar a algunas disputas conceptuales (en realidad, a menudo, verbales). En todo caso, este debate no será discutido en este trabajo. *Vid.* Maldonado, 2016b.

<sup>78</sup> Vázquez, 2018, 89.

<sup>79</sup> *Vid.*, 19<sup>th</sup> Amendment to the U.S. Constitution: Women’s Right to Vote (1920).

<sup>80</sup> *Vid.*, *Bradwell v. The State.*, 83 U.S. 141 (1871).

Bradley<sup>81</sup> quien para justificar la exclusión de las mujeres de la práctica de la mencionada profesión dijo:

El destino y la misión primordial de las mujeres es cumplir con los oficios nobles y benignos de esposa y madre. Esta es la ley del creador. Y las reglas de la sociedad civil deben adaptarse a la constitución general de las cosas, y no pueden basarse en casos excepcionales. En vista de las características peculiares, el destino y la misión de la mujer, está dentro de la provincia de la legislación ordenar qué cargos, cargos y llamamientos serán cubiertos por los hombres<sup>82</sup>.

Luego de un proceso de desarrollo jurisprudencial, surgió la ya citada sentencia *Frontiero v. Richardson* (1973), en la que cuatro jueces tomaron la posición de defender el uso de escrutinio estricto para los casos de discriminación por género<sup>83</sup>. En este caso la norma que estaba en discusión fue una Ley Federal que otorgaba mayores beneficios a los hombres que pertenecían a las Fuerza Aérea de los Estados Unidos que a las mujeres que tenían el mismo rango en la misma institución. La Corte Suprema decidió que esta ley federal era inconstitucional y mediante una opinión concurrente de los jueces Douglas, White y Marshall estableció que «las clasificaciones basadas en el sexo, así como las clasificaciones basadas en la raza o la nacionalidad, son inherentemente sospechosas, y deben entonces ser sujetos del nivel de escrutinio más estricto»<sup>84</sup>. En este punto, el género fue considerado como una categoría que merecía más rigurosidad en cuanto al nivel de escrutinios aplicable, sin embargo no se dejó establecido cual sería el nivel aplicable.

Además, merece la pena incluir la opinión del juez Brennan<sup>85</sup>, en este mismo caso:

No cabe duda de que, en nuestra nación ha habido una larga y desafortunada historia de discriminación basada en el sexo. Tradicionalmente, esa discriminación era racionalizada por una actitud de paternalismo romántico que, para efectos prácticos, pone a las mujeres, no en un pedestal, sino en una jaula<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, período 1870-1892.

<sup>82</sup> *Vid.*, *Bradwell v. The State.*, 83 U.S. 141 (1871) (Opinión del Juez Bradley)

<sup>83</sup> *Vid.*, *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

<sup>84</sup> *Ibidem*, 691-692.

<sup>85</sup> Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, período 1956-1990.

<sup>86</sup> *Ibidem*, 684.

Los jueces que fueron citados previamente justifican el uso del escrutinio estricto para la categoría de género, debido a que al igual que la raza y la nacionalidad, el género es una característica inmutable determinada únicamente por el nacimiento. A pesar de la defensa del uso del escrutinio estricto, en esta sentencia no quedó claro cuál era el nivel de escrutinio que debía utilizarse para los casos de discriminación por género, esto debido a la disidencia entre los mismos jueces constitucionales<sup>87</sup>.

Luego de varios años de incertidumbre, en la sentencia *Craig v. Boren* (1976), finalmente la Corte Suprema llegó a la conclusión de utilizar el nivel de escrutinio intermedio para las clasificaciones basadas en género. La norma en disputa en este caso era una ley estatal de Oklahoma que prohibió la venta de cerveza de 3.2 grados de alcohol a hombres menores de 21 años y a mujeres menores de 18 años<sup>88</sup>. La Corte Suprema estableció que la seguridad vial es una preocupación estatal importante, pero que esta clasificación no era proporcional ni estaba directamente relacionada con ese fin. Fue en este punto en el que la Corte decidió establecer un nuevo estándar o nivel de escrutinio para los casos de discriminación por género, uno que debía ser más riguroso que el nivel de mera racionalidad y menos demandante que el escrutinio estricto y lo dio a conocer como el escrutinio *intermedio*<sup>89</sup>.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, a través de su jurisprudencia, demostró una transición y finalmente ha establecido como precedente –desde 1976– que el escrutinio intermedio debe aplicarse a normas que manifiesten un trato diferenciado en razón del género. Además, ha señalado que, a pesar de que la rigurosidad aplicada a esta categoría se base en la historia de discriminación a la mujer, este nivel se utiliza tanto en casos de discriminación en contra de la mujer, como en los que perjudican a los hombres<sup>90</sup>.

### 3.3 Nivel de escrutinio estricto

Este acápite describe cómo funciona el nivel de escrutinio estricto de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Tal nivel es aplicado exclusivamente a los casos en los que la clasificación está basada en dos criterios: raza y nacionalidad.

---

<sup>87</sup> Cherminsky, 2006, 754.

<sup>88</sup> Esta ley tenía como objetivo la seguridad vial y se basaba en estadísticas que demostraban que el 0.18% de las mujeres y el 2% de los hombres entre las edades de 18 a 21 años, fueron arrestados por manejar bajo los efectos del alcohol.

<sup>89</sup> *Vid.*, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 218 (1976)

<sup>90</sup> *Vid.*, *Reed v. Reed*, 404 U.S. 75 (1971)

Al utilizar este nivel de escrutinio, la Corte analiza «si existe una finalidad de promover un interés estatal *imperioso* y si la relación medios-fines es correcta; es decir la medida perseguida debe ser un objetivo imperioso para la sociedad o el Estado; la distinción debe ser indispensable para alcanzar dicho fin»<sup>91</sup>.

### 3.3.1 Categorías sospechosas: raza y nacionalidad

Según el estándar de la Corte Suprema, las clasificaciones con base en la raza y la nacionalidad serán admitidas si el Estado puede demostrar que el trato diferenciado en cuestión es necesario para alcanzar un objetivo estatal *imperioso*. De lo anterior se entiende que al Estado le corresponde la carga de la prueba, es decir, que tiene que demostrar la existencia de un fin estatal imperioso y que este no puede ser alcanzado mediante cualquier otra alternativa que acarree menos consecuencias discriminatorias. La Corte Suprema ha establecido expresamente que todas las clasificaciones raciales, sean negativas o positivas, deben pasar por el nivel de escrutinio *estricto*<sup>92</sup>.

La Corte Suprema de los Estados Unidos aplicó este nivel estricto por primera vez en la sentencia *Korematsu v. United States* (1944). En este caso, la Corte analizó la constitucionalidad de la Orden Ejecutiva 9066<sup>93</sup>. Este acto excluyó de las zonas costeras y otras áreas designadas a todas las personas con ancestros japoneses, esto, con el fin de evitar actos de espionaje y sabotaje<sup>94</sup>. Las personas que se rehusaron a cumplir con dicha Orden Ejecutiva fueron detenidas.

La Corte Suprema, mediante una decisión de seis contra tres, ratificó la constitucionalidad de esta Orden Ejecutiva, argumentando que estas detenciones eran una necesidad militar y que no estaban basada en la raza. La mayoría de los jueces decidieron que, aunque la exclusión de los ciudadanos de sus hogares representaba un uso arbitrario e inadmisibles de la autoridad, este caso era una excepción porque existía un peligro *grave e inminente* para la seguridad pública. Además, la Corte sostuvo que en este caso existía una

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, 87

<sup>92</sup> *Vid.*, *Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200 (1995) (Las Acciones Afirmativas de los Programas Federales deben cumplir con los requisitos del escrutinio estricto)

<sup>93</sup> Mediante esta Orden, se autorizó al Secretario de Guerra y a las Fuerzas Armadas a reubicar a las personas con ancestros japoneses que se encontraban dentro de las designadas áreas militares y las comunidades aledañas dentro de los Estados Unidos. Las mencionadas áreas estaban prohibidas tanto para los japoneses extranjeros como los ciudadanos japoneses-estadounidenses.<sup>93</sup> Por esto, se procedió al transporte y a la reubicación de más de 120,000 japoneses en sitios a los que el gobierno llamó *Campamentos de Detención*. (*Vid.*, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944))

<sup>94</sup> Vasquez, 87

relación *estrecha* entre las acciones del gobierno y la prevención en contra del espionaje y del sabotaje en los momentos de guerra<sup>95</sup>.

La Corte Suprema sostuvo que había suficiente peligro (grave e inminente) y una relación razonable entre la Orden Ejecutiva y el objetivo de prevenir un atentado en contra de la seguridad pública, y que esto, finalmente, justificaba la necesidad de evacuar a las personas con ancestros japoneses.

La importancia de esta sentencia radica en que es la primera sentencia en la que la Corte Suprema de Estados Unidos establece como un antecedente jurisprudencial el que todas las clasificaciones basadas en la raza y la nacionalidad deben pasar por el más estricto de los escrutinios. Estas fueron las palabras que la Corte Suprema expresamente utilizó:

*Todas las restricciones legales que afecten a los derechos civiles de un grupo racial específico automáticamente se convierten en sospechosas.* Eso no significa que todas las restricciones sean inconstitucionales. Esto significa que las diferentes cortes tienen que dirigirlos al más rígido de los escrutinios. La necesidad pública urgente a veces puede justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial nunca lo puede hacer<sup>96</sup>.

*(Énfasis añadido)*

Se explicó el origen del nivel de escrutinio estricto y se estableció que las categorías sospechosas (raza y nacionalidad) deben enfrentarse al mismo. Ahora es pertinente justificar lo sospechoso de estos criterios antes mencionados. Catalogar a un criterio como sospechoso es relevante por dos razones: (1) Promueve una “fuerte presunción” de inconstitucionalidad; y, (2) Coloca al Estado en una situación de desventaja al poner sobre éste la carga de la prueba<sup>97</sup>.

### **3.3.2 Justificaciones del nivel de escrutinio estricto**

Es pertinente mencionar las razones por las que los criterios raza y nacionalidad merecen enfrentar un nivel de escrutinio más rígido.

En primer lugar, el nivel de escrutinio estricto se justifica (en los casos de raza y nacionalidad), porque existe una larga historia de discriminación racial en los Estados Unidos. La Corte Suprema ha reconocido reiteradamente que el propósito principal de la Decimocuarta

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, pp. 218-219

<sup>96</sup> *Vid.*, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 216 (1944).

<sup>97</sup> Distribuye cargas argumentativas en forma desigual entre las partes del pleito tornando sumamente difícil justificar el trato diferente y elevando la protección del supuestamente afectado.

Enmienda era la protección de los afroamericanos<sup>98</sup>. También la Corte ha enfatizado que, debido a la larga historia de discriminación racial dentro de los Estados Unidos, es bastante común que las clasificaciones con referencia a la raza estén basadas en prejuicios y estereotipos<sup>99</sup>.

En segundo lugar, se justifica el uso del escrutinio estricto en la falta de influencia política que tienen las minorías de origen racial y nacional, y, por ende, en la vulnerabilidad que demuestran en momentos de procesos o cambios políticos. En este punto cabe incluir la famosa nota al pie en la sentencia *United States v. Carolene Products* (1938):

Puede haber un alcance más limitado para que opere la presunción de constitucionalidad, cuando la legislación parece estar dentro de una prohibición específica de la Constitución, como es el caso de las diez primeras enmiendas. No es necesario considerar ahora, si la legislación que restringe los procesos políticos que normalmente se espera que den lugar a una derogación de la legislación indeseable, se someterá a un escrutinio judicial más riguroso bajo las prohibiciones generales de la Decimocuarta Enmienda. *Tampoco necesitamos preguntar si el prejuicio contra minorías insulares puede ser considerada una condición especial, que tiende a restringir seriamente el funcionamiento de esos procesos políticos en los que se suele confiar para proteger a las minorías, y que puede requerir una investigación judicial correspondientemente más exhaustiva*<sup>100</sup>.

(Énfasis añadido)

Esta paradigmática nota al pie de la decisión *United States v. Carolene Products* ha sido utilizada para enfatizar que las minorías basadas en la raza y la nacionalidad son más vulnerables ante los cambios o procesos políticos. Debido a esta vulnerabilidad, es necesario que cuando una de estas categorías se presente en una norma presuntamente discriminatoria, se requieran investigaciones rigurosas y análisis exhaustivos para comprobar su finalidad que debe ser legítima y constitucional<sup>101</sup>.

La tercera justificación del uso del nivel de escrutinio estricto es que la raza y la nacionalidad son características inmutables, por lo que es injusto discriminar a ciertas personas

---

<sup>98</sup> En realidad, durante las discusiones iniciales de la Corte Suprema, al construir la cláusula de Igual Protección, sugirieron que debía ser usada únicamente para proteger a los ciudadanos afrodescendientes. (The Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36, 81 (1872))

<sup>99</sup> En la decisión *Palmore v. Sidoti* (1984), el juez Warren Burger dijo que: “Un propósito fundamental de la Decimocuarta Enmienda era eliminar toda discriminación impuesta por el gobierno, basada en la raza. Clasificar a las personas de acuerdo con su raza demuestra más prejuicios raciales que preocupaciones públicas legítimas”.

<sup>100</sup> *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938). (Opinión juez Harlan Frisk Stone)

<sup>101</sup> *Vid.*, *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144., (1938).

por calidades que han sido adquiridas solo por el hecho del nacimiento (su “suerte natural”). La Corte Suprema, respecto de esta justificación, en la decisión *Loving v. Virginia* (1967) se pronunció en el sentido siguiente:

*Diferenciar a personas con base en la raza es inaceptable, en primer lugar, porque es una característica inmutable que no es escogida por el individuo.* La persona no escoge su raza al nacer y, por tanto, negarle derechos con base en ella es ilegítimo. En segundo lugar, la raza de una persona no dice nada acerca del mérito o capacidad de una persona para contribuir a la sociedad<sup>102</sup>.

(Énfasis añadido)

Para concluir con las justificaciones detrás del uso del escrutinio estricto, es válido incluir a la decisión tomada en *Frontiero v. Richardson* (1973).<sup>103</sup> Esta sentencia es tan emblemática porque, desde ese momento, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció ciertas pautas para reconocer a una clasificación que merece ser analizada a la luz del nivel más estricto de escrutinio. La Corte indicó que el nivel de escrutinio debe ser mayor cuando las normas sujetas a análisis, se dirijan en contra de grupos que: (1) han sido víctimas de una historia de discriminación, (2) actualmente se enfrentan a escenarios de discriminación, (3) sean discriminados por características que son inmutables y no elegidas, tales como la raza o el sexo, (4) dicha característica no tenga relación con la capacidad de los individuos para ser seres productivos y puedan contribuir al desarrollo de la sociedad y (5) carecen de capacidad para protegerse durante el proceso político<sup>104</sup>.

### 3.3.3 ¿Dónde se reflejan la discriminación por raza y nacionalidad?

Existen dos maneras alternativas en las que se manifiestan los casos de discriminación basados en las categorías “raza” y “nacionalidad”. La primera manera se da cuando la clasificación está expresamente incluida en la norma, esto es, cuando el texto directamente hace una diferenciación entre dos grupos de personas basándose en la raza o la nacionalidad<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Ortiz, 2018, 91.

<sup>103</sup> *Frontiero c. Richardson* (1973) fue un caso emblemático para la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, trataba el tema de la igualdad de género dentro de las fuerzas militares estadounidenses. Shannon Frontiero, teniente de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos pidió un aumento de los beneficios para su esposo considerado como *dependiente*, sin embargo, su petición fue denegada porque aplicaba únicamente para los cónyuges de los varones y no de las mujeres que pertenecían a la Fuerza militar estadounidense. La decisión de este caso fue que se aplicaría el escrutinio estricto debido a que el caso tocaba un tema sospechoso.

<sup>104</sup> Ortiz, 2018, 89.

<sup>105</sup> Cherminsky, 2006, 696-697.

La segunda alternativa se da cuando existe una norma que tiene apariencia de ser neutral, y que, sin embargo, cuando es aplicada, su impacto es discriminatorio<sup>106</sup>. (Se trata de la distinción de la jurisprudencia norteamericana entre la inconstitucionalidad *on its face* y la inconstitucionalidad *as applied*)<sup>107</sup>.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido que para comprobar que las normas aparentemente neutrales son, en efecto, inconstitucionales, se tiene que demostrar con evidencia que la finalidad u objetivo es discriminatorio, para que de esta manera se utilice el nivel de escrutinio más estricto. A diferencia de las expresamente discriminatorias, que se presumen inconstitucionales *per se*.

### 3.3.4 Acciones afirmativas basadas en categorías sospechosas

Las acciones afirmativas respecto de la raza y el origen nacional constituyen un tema complejo, que ha sido el centro de muchos debates doctrinarios, y que abarca muchos aspectos. Estas acciones afirmativas son también conocidas como *discriminación positiva o inversa*, esto porque son diferenciaciones que otorgan beneficios a ciertos grupos minoritarios<sup>108</sup>.

A pesar de que hay acciones afirmativas respecto de criterios diferentes a la raza y la nacionalidad (por ejemplo, el género), en este acápite solo se abordarán los anteriormente mencionados. El fin de esta sección es determinar el nivel de escrutinio que se utiliza para estos casos. Y cuál, si es el caso, debería utilizarse en su lugar.

Como se dijo anteriormente, las acciones afirmativas generan mucho debate, y el nivel de escrutinio adecuado para ellas es un tema que admite al menos dos posturas. Una parte de la doctrina defiende que la discriminación inversa estigmatiza y promueve la hostilidad entre las diferentes razas. Por otro lado, hay quienes apoyan la idea de que las acciones afirmativas basadas en la raza y la nacionalidad deben ser juzgadas mediante un nivel de escrutinio menos rígido, y alegan que para alcanzar la equidad social se requiere el uso de estas.

La Corte Suprema, luego de décadas de debate, ha llegado a la conclusión de que el nivel de escrutinio estricto es el adecuado para evaluar a todas las acciones afirmativas propuestas por el Estado. A efectos de esclarecer la postura de la Corte estadounidense, cabe destacar la opinión del Juez Powell<sup>109</sup> en la sentencia *Regents of the University of California v. Bakke* (1978). Dentro del marco de las acciones afirmativas que favorecerían a las personas

---

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> *Ibidem*, 715.

<sup>109</sup> Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, período 1972-1987.

afrodescendientes en cuanto al acceso a la educación, este juez afirmó que el escrutinio estricto debe ser utilizado para las acciones afirmativas porque: «Las discriminaciones étnicas y raciales son inherentemente sospechosas, por lo que requiere del examen judicial más exigente»<sup>110</sup>.

(Énfasis añadido)

La existencia de acciones afirmativas en virtud de la raza y la nacionalidad se justifica en la larga historia de discriminación racial en los Estados Unidos, que aún persiste en varios ámbitos como la educación, trabajo y contrataciones públicas<sup>111</sup>. Además de que tanto la raza como la nacionalidad son características inherentes e inmutables, por lo que no deben ser tomadas en cuenta para clasificar a grupos de personas. En este sentido, se justifica que se tenga el mismo nivel de escrutinio para las discriminaciones en estricto sentido y para las acciones afirmativas, sin embargo, esto queda a discrecionalidad de los jueces que generalmente buscar cumplir objetivos como promover la diversidad y compensar a quienes fueron históricamente vulnerables, por lo que aplican menos rigurosidad cuanto tratan a las acciones afirmativas.

---

<sup>110</sup> *Vid.*, Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 287-320 (1978)

<sup>111</sup> Lempert, 1984, 88-89.

## **4 Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República del Ecuador**

La presente sección describirá cómo ha sido desarrollada la jurisprudencia sobre el principio de igualdad por parte de la Corte Constitucional del Ecuador. Esto, reconociendo que la Corte ecuatoriana se refiere a los estándares desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos para analizar si un trato diferenciado es discriminatorio o no<sup>112</sup>.

Con relación al fin del presente trabajo (comparar la aplicación del sistema de escrutinios ecuatoriano con el estadounidense), en esta sección se busca describir de manera concreta cómo este sistema de escrutinios judicial ha sido manejado por la Corte Constitucional del Ecuador. Para esto hay que describir la normativa existente en el Ecuador respecto del principio de la igualdad y no discriminación, para, posteriormente, analizar la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional. Para cumplir con el fin del análisis de jurisprudencia de esta Corte, se han seleccionado casos puntuales, que son relevantes para entender el manejo del sistema de escrutinios judicial en este país.

### **4.1 Normativa ecuatoriana respecto del Principio de Igualdad y Derecho a no discriminación**

Este acápite busca determinar un marco normativo del principio de igualdad, mediante la mención de las normas pertinentes, con el fin de facilitar el posterior análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre el mencionado principio.

Como bien se establece en la Constitución de la República del Ecuador, este es un Estado constitucional de derechos y justicia que busca garantizar sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la misma<sup>113</sup>. Entre los diversos derechos establecidos en la Constitución ecuatoriana, se destaca el derecho a la igualdad (formal y material) y no discriminación, mismo que será la base para el desarrollo de todo un sistema de escrutinios que será analizado más adelante.

La Constitución del Ecuador va de la mano con los preceptos del derecho internacional de los Derechos Humanos, en cuanto prohíbe tanto las políticas, actitudes y prácticas deliberadamente discriminatorias, como aquellas cuyo impacto es discriminatorio a pesar de que no se pueda probar la intención directa y expresa de tal discriminación<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Ortiz, 2018, 81.

<sup>113</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>114</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 292-16-SEP-CC.

Existen dos artículos en la Constitución que son relevantes para el desarrollo del presente trabajo, puesto que a partir de ellos se desprenderá un análisis profundo de la jurisprudencia sobre el principio de igualdad en el Ecuador.

En primer lugar, el artículo 11 numeral 2, el cual fue mencionado en la sección introductoria<sup>115</sup>, que prescribe que todas las personas son iguales ante la ley y, por esa razón, gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Además, establece que nadie podrá ser discriminado con base en las categorías mencionadas en él, tales como la raza, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, estado de salud, portar VIH, entre otras<sup>116</sup>.

En segundo lugar, el artículo 66 numeral 4 establece que:

Artículo 66.- En el Ecuador se reconoce y garantiza a las personas:  
4. Derecho a la igualdad formal, material y la no discriminación<sup>117</sup>.

Los dos artículos constitucionales ya mencionados serán examinados en el siguiente acápite con el fin de relacionarlos directamente con el sistema de escrutinios judicial observado a lo largo de este trabajo.

## 4.2 Categorías sospechosas según la Corte Constitucional del Ecuador

Una vez que han sido introducidos los artículos en el acápite anterior, se procede a un estudio exhaustivo de los mismos dentro del marco de las categorías sospechosas del sistema de escrutinios. Las categorías sospechosas son *sospechosas* en función de la afectación que tengan sobre el principio de igualdad y no discriminación, y cuando eso sucede, la Corte Constitucional se ve en la necesidad de utilizar el test de razonabilidad dentro del sistema de escrutinios.

---

<sup>115</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2006, Artículo 11 numeral 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.

<sup>116</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 11 numeral 2

<sup>117</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 66 numeral 4.

El artículo 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador consagra el principio de igualdad y no discriminación, y lo hace enumerando una serie de criterios que no podrán ser utilizados para hacer distinciones entre las personas, porque estas acciones se considerarían *discriminatorias*.

La mencionada norma constitucional es específica y, a su vez, amplia. Es específica porque establece criterios por los que nadie podrá ser discriminado; amplia, al determinar que nadie podrá ser discriminado por otra distinción que tenga por objeto o resultado menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos<sup>118</sup>. Estos criterios mencionados en el artículo 11 numeral 2 son los que en la doctrina se denominan categorías sospechosas<sup>119</sup>.

A partir de esta aclaración, es procedente realizar un análisis que estará compuesto, por un lado, de la noción que tiene la Corte Constitucional del Ecuador respecto de las categorías sospechosas y, por otro lado, de las consecuencias que su utilización implica.

Por un lado, la Corte Constitucional entiende como categorías sospechosas a todas aquellas distinciones que se basen en los criterios expuestos en la norma constitucional mencionada, y son consideradas *prima facie* inconstitucionales, hasta que se demuestre lo contrario.

Por otro lado, con el fin de exponer las consecuencias que implica el hecho de catalogar a un criterio como sospechoso, se presenta el concepto que utiliza Roberto Saba, mismo que ha sido incluido en una de las sentencias que se tratarán en la siguiente sección:

*La calificación de una categoría como sospechosa no es una cuestión menor, desde que aquella deposita en aquel que realiza la distinción, la carga de la demostración argumentativa de que existe un interés estatal urgente, si se trata del ámbito estatal, o de una excepción basada en lo que la jurisprudencia de los Estados Unidos ha denominado calificación ocupacional de buena fe, si la distinción se realizará en la actividad privada a fin de superar la presunción de inconstitucionalidad*<sup>120</sup>.

*(Énfasis añadido)*

De lo anterior se desprende que, las categorías sospechosas son criterios utilizados para efectuar tratos diferenciados respecto de grupos que han sido históricamente vulnerados. El uso de estos mencionados criterios ha estado asociado con a prácticas que tienden a colocar en

---

<sup>118</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC

<sup>119</sup> Salgado, 2009, 139.

<sup>120</sup> Saba, 2007, 193-194.

situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados<sup>121</sup>. Ahora bien, la Corte ha establecido, en su jurisprudencia, pautas que deben ser utilizadas a propósito de reconocer estas categorías en tratos desiguales. Estos parámetros serán descritos en el próximo acápite.

Como se dijo anteriormente, el hecho de catalogar a los criterios (enumerados en el artículo 11 numeral de la Constitución) como sospechosos, acarrea muchas consecuencias.

Una de las principales consecuencias de recurrir a estas categorías para efectuar un trato diferenciado, es que se presume que está actuando de manera arbitraria. Esto se debe a que, si la Constitución del Ecuador ha garantizado, a partir de su artículo 66 numeral 4, el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, entonces es difícil pensar que una actividad (de cualquier índole) pueda estar condicionada por los criterios mencionados en el artículo 11 numeral 2<sup>122</sup>.

Otra consecuencia es que -al igual que en la jurisprudencia estadounidense- la carga argumentativa y probatoria le corresponde al Estado; y esto lo coloca en una situación de desventaja procesal frente a quien denuncia este supuesto acto inconstitucional. Cabe mencionar que esta carga (probatoria) es fuerte debido a que implica justificar, para quienes establecen un trato diferente, que este es razonable y proporcional. Probar la racionalidad detrás del uso de una categoría sospechosa es una labor aún más compleja porque, como se dijo antes, generalmente afecta a grupos que requieren de *especial protección*. Si no se encuentra una justificación razonable, se estaría frente a un tratamiento discriminatorio<sup>123</sup>.

Ahora bien, considerar -como la Corte lo ha hecho en diversos fallos<sup>124</sup>- a todos los criterios incluidos en el artículo 11 numeral 2 como “igualmente sospechosos” podría acarrear ciertos problemas, descritos a continuación:

En primer lugar, se presume que el nivel de escrutinio adecuado es el estricto en estos casos, esto porque la Corte Constitucional ha mencionado que las categorías sospechosas merecen ser sometidas a un análisis *estricto*, esto es un análisis que exige un nivel muy alto de justificación. Entendiendo esto, se puede decir que todas las normas deberían ser sometidas a un examen de constitucionalidad extremadamente riguroso y severo. Esto se puede reflejar en

---

<sup>121</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 292-16-SEP-CC. 20.

<sup>122</sup> *Ibidem*, 22. .

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> *Vid.*, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 292-16-SEP-CC. Así, las categorías sospechosas para la Corte Constitucional son aquellas 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.

un problema para la actividad legislativa, puesto que el legislador para cumplir con sus deberes debe necesariamente referirse a criterios como edad, discapacidad o nacionalidad, entre otros, los cuales se presumirían inconstitucionales sin que realmente valga la pena.

En segundo lugar, existe otro problema respecto del hecho de que la Corte Constitucional desconozca las particularidades de cada categoría, como se mencionó anteriormente, se pierde de vista los problemas que enfrentan los diversos grupos sociales. Además, esto da paso a una pérdida del recurso tiempo porque se presume la inconstitucionalidad de normas o actos que utilizan esas categorías de manera objetiva, razonable y justa.

En tercer lugar, a pesar de que la regla general en el Ecuador es que se utilice el escrutinio estricto para las categorías sospechosas, este no está bien definido. En realidad, la Corte Constitucional, a través de sus sentencias ha intentado formular estándares que las normas o actos deben cumplir para satisfacer este nivel de escrutinio, como: i. Que haya una justificación razonable para el trato diferenciador, ii. Que se justifique con un objetivo constitucionalmente *imperioso y necesario*, iii. Que busque cumplir un fin constitucionalmente *valioso*. El problema es que la Corte ecuatoriana no está utilizando parámetros que vayan de acuerdo con su objetivo de someter a estos criterios sospechosos a un análisis riguroso. Si lo que se busca realmente es un test estricto, ante las normas que imponen un trato diferenciado con base en dichos criterios, este no debería satisfacerse solamente con algunas “razones validas” que demuestren un fin estatal valioso y legítimo.

Sin más afán que dejar claro cómo se ha receptado al concepto de *categorías sospechosa* en el Ecuador, es válido recalcar que, según la Corte ecuatoriana, todos los criterios -no taxativos- establecidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución, se consideran sospechosos y para que su constitucionalidad sea ratificada, quien los defienda debe demostrar un objetivo estatal valioso como justificación.

### **4.3 Análisis de casos resueltos por la Corte Constitucional del Ecuador**

Una vez que se ha dejado claro los conceptos de categorías sospechosas, discriminación directa e indirecta, es posible analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia. Este acápite tiene como objetivo describir cómo la Corte maneja el sistema de escrutinios, y explicar, luego, la línea jurisprudencial que ha desarrollado al resolver casos en los que se ve afectado el derecho a la igualdad y no discriminación. Para cumplir con dicho fin, se han seleccionado tres casos relevantes que servirán como guía para el análisis ya señalado.

#### 4.3.1 Sentencia No. 245-12-SEP-CC

En primer lugar, se analizará la Sentencia No. 245-12-SEP-CC, con el fin de determinar cómo la Corte Constitucional ha aplicado el test de razonabilidad en virtud de un caso en el que se trata “desigualmente a los iguales”, de esta manera afectando al derecho constitucional de la igualdad. Es necesario, en primer lugar, entender los antecedentes de la causa para luego analizar las decisiones tomadas por la Corte.

Los hechos del caso son los siguientes: El Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha negó que se haga extensiva la amnistía a favor del Ingeniero Gonzalo Vargas San Martín respecto de todas las acciones relacionadas con el contrato de construcción del Edificio de Correos. Esta Sala se basó en la resolución final del Pleno de la Asamblea Constituyente, dictada el 4 de julio de 2008, en la que se aceptó la amnistía respecto del mismo caso, para el Ingeniero Carlos Simbaña<sup>125</sup>. El señor Vargas (legitimado activo) planteó ante la Corte Constitucional, una Acción Extraordinaria de Protección alegando que mediante esta decisión se había vulnerado su derecho a la igualdad.

En esta sentencia, la Corte Constitucional realizó su análisis en dos partes, en primer lugar, definió qué es la amnistía (con relación al principio de igualdad) y, en segundo lugar, aplicó el test de razonabilidad para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la decisión en cuestión.

La Corte Constitucional realizó un proceso de investigación y análisis en el que determinó cuáles son los efectos de la amnistía. Llegó a la conclusión de que esta significa el olvido respecto de la existencia de un delito y de sus consecuencias jurídicas y que la generalidad es la esencia de esta. Con generalidad se entiende que:

Se otorga un alcance amplio, lo cual le permite beneficiar indistintamente a todos los implicados en un determinado hecho delictivo, ignorando los nombres o sus calidades, por lo que no se puede beneficiar a uno sin considerar al resto de implicados en el hecho que se otorga la amnistía, contrariamente al indulto que particulariza únicamente a una persona o a determinadas personas<sup>126</sup>.

*(Énfasis añadido)*

Al tener un concepto claro de lo que es la amnistía, la Corte manifestó que la decisión del Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha basada en la resolución de la Asamblea

---

<sup>125</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 245-12-SEP-CC.

<sup>126</sup> Salgado, H. en Sentencia 245-12-SEP-CC.

Constituyente no gozaba de generalidad porque no abarcaba a todas las personas que se encontraban en la misma situación, respecto de la misma acción.

Luego, la Corte analizó la constitucionalidad de la decisión en cuestión, en virtud del principio de igualdad, a través del test de razonabilidad. Cabe mencionar, que la Corte considera a este test como un método necesario para racionalizar la actividad del Estado y así, brindar a las personas posibilidades efectivas y concretas de ver realizada, dentro de sus propias circunstancias, la justicia material<sup>127</sup>.

El mencionado test, está compuesto de tres fases: (1) existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; (2) la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución; y, (3) la razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido<sup>128</sup>.

Respecto de este análisis, la Corte primero estableció que «el principio de igualdad no exige un derecho a ser igual a los demás, sino a ser tratado igual entre quienes se encuentran en idéntica situación»<sup>129</sup>. Con base en lo anterior, la Corte concluyó que en este caso no había razón para ejercer un tratamiento desigual en la concesión de la amnistía, esto debido a que no existía ninguna justificación objetiva para el trato desigual y tampoco había proporcionalidad entre el trato y el objetivo perseguido<sup>130</sup>.

Entonces, la Corte Constitucional ecuatoriana aceptó la Acción Extraordinaria de Protección planteada por el legitimado activo y concluyó que el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, al no hacer extensiva la amnistía a favor del accionante, estaba incurriendo en un trato discriminatorio, y, por tanto, inconstitucional<sup>131</sup>.

Esta sentencia fue seleccionada con la finalidad de explicar los parámetros utilizados por la Corte Constitucional del Ecuador en su test de razonabilidad, además para mostrar la línea de pensamiento de la jurisprudencia ecuatoriana. El test de razonabilidad utilizado prescribe que quien pretende defender un trato discriminatorio, debe hacerlo con una justificación legítima y razonable. La Corte entiende por razonable, a aquel objetivo válido a la luz de la Constitución<sup>132</sup>.

#### **4.3.2 Sentencia No. 292-16-EP-CC**

---

<sup>127</sup>Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-823/99.

<sup>128</sup> Bernal, 2007, 263.

<sup>129</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 245-12-SEP-CC, 12-14.

<sup>130</sup> *Ibidem*, 15.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> *Ibidem*, 11.

Esta sentencia fue seleccionada con el objetivo de mostrar cómo la Corte Constitucional analiza un caso en el que se presenta una discriminación basada en el criterio sospechoso de sexo<sup>133</sup>, esto con base en el artículo constitucional 11 numeral 2.

En este caso se presentó una Acción Extraordinaria de Protección, por parte de la señora Yessenia Iza Pilataxi (en adelante, accionante) quien fue destituida de su cargo de subteniente de bomberos del Cuerpo de Bomberos de Archidona, sin ningún proceso administrativo y desconociéndose su relación laboral.

La Corte Constitucional analizó la supuesta violación de dos derechos constitucionalmente amparados: la tutela judicial efectiva y la igualdad. Respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, solo cabe mencionar que la Corte Constitucional considera que no se respetó dicho derecho ya que existió inobservancia y omisión del debido proceso, afectándose los principios de celeridad e inmediación en cuanto al acceso a la justicia<sup>134</sup>.

Ahora bien, el tema que compete a este trabajo de titulación es el derecho a la igualdad. Respecto a esto, la Corte se cuestionó si las razones por las que la accionante fue separada de su actividad laboral entraban en el marco de las denominadas categorías sospechosas. Estas, como se mencionó en un acápite anterior, son aquellos criterios que se presumen inconstitucionales hasta que se pruebe lo contrario. Para resolver el problema jurídico planteado por la Corte Constitucional, ésta lo abordó explicando el principio de igualdad y la discriminación laboral en razón de sexo.

En primer lugar, la Corte ecuatoriana recalcó que el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República persigue la igualdad real en favor de los titulares de derecho que se encuentran en situación de desigualdad<sup>135</sup>. Además, determinó que una interpretación conveniente de este artículo -desde la visión de Nino- sería la *analítica*, puesto que las personas distintas deben ser tratados de forma diferente dependiendo de las circunstancias.

En segundo lugar, la Corte Constitucional resaltó la historia de discriminación a la que ha estado sujeta la mujer. En esta sentencia, se mencionó que es frecuente la utilización del argumento de la *debilidad física* de la mujer para impedirle el acceso a ciertas ocupaciones por considerarlas *peligrosas*, así como para remunerarle con salarios notablemente inferiores a los

---

<sup>133</sup> En este caso la Corte realizó una distinción entre sexo y género para efectos de esta sentencia, en la que se trata indistintamente una u otra acepción, así, es importante señalar que la noción de sexo se concentra en la atención al cuerpo y la naturaleza de las personas, mientras que la noción de género sirve para analizar las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno u otro sexo.

<sup>134</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 292-16-EP-CC. 21.

<sup>135</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 050-15-SIN-CC.

del hombre, o incluso para poner fin a su trabajo a causa de su maternidad<sup>136</sup>. Además, en esta sentencia se incluye una opinión relevante de la Corte Constitucional de Colombia<sup>137</sup>, que dice:

*El género no es un criterio que sea controlable por las personas, en principio, cualquier distinción que se haga sobre esta base tendrá un elemento de injusticia inherente en su esencia.* Esto no significa que no puedan existir diferencias basadas en el género de las personas. Significa que una distinción en ese sentido tendrá sobre sí la necesidad de sobrepasar una presunción de inconstitucionalidad que deberá ser desvirtuada por quien tenga intereses en la utilización de dicha diferencia, demostrando que la misma busca la realización de un fin constitucionalmente valioso y que tal diferenciación resulta un medio adecuado para conseguirlo<sup>138</sup>.

*(Énfasis añadido)*

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador se asemeja al criterio de la colombiana, en cuanto le resulta difícil concebir que una actividad, ya sea laboral, política o de cualquier tipo, pueda estar condicionada por el *sexo*, edad, nacionalidad, entre otros criterios. La utilización de estas categorías establece la Corte, es justificable en la medida en que el fin propuesto sea aminorar las desigualdades existentes. Cuando el uso de estos criterios impide que se perpetúen las diferenciaciones, se trata de un sentido inverso al uso discriminatorio, es decir, se busca compensar un trato injusto que han sufrido algunos grupos sociales.

Los derechos de la mujer han sido atropellados por años, su reivindicación se ha dado de manera paulatina<sup>139</sup>, sin embargo, la igualdad de acceso de oportunidades en el ámbito laboral sigue siendo una de las principales metas de la igualdad de género y se presenta como uno de los mayores obstáculos de acuerdo con el objetivo de alcanzar una igualdad material. Es por esto, que la diferenciación por sexo en el ámbito laboral ha venido suponiendo un trato inferior a la mujer, y con ello, una discriminación en sentido estricto.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Constitucional ecuatoriana determinó que, en este caso, se encontraba frente a una situación de hecho discriminatoria, y concluyó que el sexo se configura como una categoría sospechosa porque «toda la diferencia de trato que se base en

---

<sup>136</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 292-16-EP-CC. 21.

<sup>137</sup> La Corte Constitucional de Colombia toma como referencia tanto al test de razonabilidad estadounidense, como al test de proporcionalidad alemán, y ha desarrollado un test integrado.

<sup>138</sup> Corte Constitucional de Colombia citada en Sentencia No. 292-16-EP-CC, Corte Constitucional del Ecuador

<sup>139</sup> Las cifras actuales según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC en el año 2016, demuestran que hasta la actualidad la mujer tiene menos oportunidades para conseguir un trabajo y permanecer en él, las cifras de subempleo y desempleo continúan subiendo en algunos puntos para las mujeres.

él se ve sometida a un análisis estricto, esto es un análisis que exige un nivel muy alto de justificación»<sup>140</sup>.

Esta sentencia es importante para el presente trabajo porque contribuye a la elaboración de una línea jurisprudencial de la Corte en torno al sistema de escrutinios, en primer lugar, porque centra todo el análisis en la categoría sospechosa sexo, que implica una larga historia de discriminación hacia la mujer, y de esta manera justifica que se utilice para estos casos el test de escrutinio más estricto<sup>141</sup>. Entonces, en esta decisión se establece como precedente jurisprudencial que en casos en los que haya una acción o norma discriminatoria en virtud de un criterio sospechoso -como el sexo- se presume la inconstitucionalidad y se aplique el nivel más estricto de escrutinio.

#### **4.3.3 Sentencia No. 080-13-SEP-CC**

Esta sentencia fue seleccionada, con el objetivo de mostrar el razonamiento de la Corte Constitucional al enfrentarse a un caso de discriminación relacionado con factores sospechosos.

En el presente caso, se analiza la situación del señor NN, quien declaró haber sido despedido de la Municipalidad de Samborondón, por razones exclusivamente ligadas a su condición de ser portador de VIH. Por esto, se planteó una Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Core Provincial de Justicia del Guayas, alegando que esta era violatoria de sus derechos constitucionales porque justificaba un acto discriminatorio sin la observancia del debido proceso y sin presentar la debida motivación.

El análisis de la Corte Constitucional en el presente caso se enfocó en determinar si la separación de un empleado portador de VIH o enfermo de SIDA se enmarca en las categorías sospechosas y se presume, en consecuencia, un trato discriminatorio. Para resolver este problema jurídico, la Corte determinó ciertas pautas que deben ser utilizadas para identificar a las categorías sospechosas, y luego explicó porque las personas que viven con VIH o SIDA merecen una *especial protección* por parte del Estado.

En primer lugar, entre otros varios puntos analizados, la Corte Constitucional del Ecuador determinó ciertas pautas para identificar a las categorías sospechosas: (1) aparecen

---

<sup>140</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 292-16-EP-CC. 22.

<sup>141</sup> El concepto de distintos niveles de escrutinio, se ha visto también en casos en los que se discute el derecho de libre expresión, a pesar de que esto no es muy usual. *Vid.*, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 282-13-JP/19

incluidos como categorías prohibidas en el texto constitucional, (2) restringen derechos constitucionales, y; (3). 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<sup>142</sup>.

De lo anterior, se determinó que el presente caso requiere *especial protección* por parte del Estado. La Corte ha mencionado que una de las discriminaciones más frecuentes en el ámbito laboral por cuanto una persona es portadora de VIH o enferma de SIDA, es el despido y el acoso. Estas personas, señala la Corte, se encuentran en una posición de vulnerabilidad frente a este tipo de actitudes prejuiciosas y discriminatorias, por lo que son merecedoras de una *especial protección*, y esto justifica que estas personas gocen de un principio de estabilidad laboral reforzada. Este principio de estabilidad se traduce, en materia laboral, en una garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación<sup>143</sup>. Por esto, se exige que el empleador justifique de manera razonable y suficiente ante la autoridad competente que la separación de sus funciones no obedece a una situación de enfermedad del trabajador. La Corte además señaló que es menester del Estado implementar acciones que busquen la eliminación de condiciones discriminatorias de grupos sociales que se encuentran en situaciones diferentes para garantizar una verdadera igualdad, real y formal.

Por todo lo anteriormente expuesto, la decisión de este caso fue aceptar la acción planteada por el señor NN, debido a que se vulneró su derecho al debido proceso en cuanto a la garantía de la motivación. En este punto la falta de motivación es relevante debido a que eso se traduce, en virtud del sistema de escrutinios, en una falta de argumentos razonables y suficientemente fuertes, mismo que provoca que el trato desigual no sea ratificado mediante el test de razonabilidad del sistema de escrutinios.

La importancia de esta sentencia, en el marco del presente, radica principalmente en que la Corte, con miras a garantizar el goce de la igualdad, determinó ciertos criterios para identificar a las categorías sospechosas. Esto, lo ha hecho para que se justifique la aplicación de un escrutinio estricto a estos casos.

---

<sup>142</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 16.

<sup>143</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 24.

## 5 Análisis Comparativo: sistema de escrutinios de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de los Estados Unidos

En la presente sección, se pretende mostrar las coincidencias y diferencias que existen en el sistema de escrutinios -del principio de igualdad- de los Estados Unidos y del Ecuador.

En primer lugar, cabe explicar las razones por las que la comparación entre la jurisprudencia de estas dos cortes es un tema relevante.

A partir de la concepción del principio de igualdad de ambos países, surge la necesidad de protegerlo y garantizarlo, a través un sistema de escrutinios judicial. Está claro que no todos los tratos diferenciados son contrarios al principio de igualdad, sino que únicamente lo son aquellos que no tienen una justificación *razonable* y legítima. El test de razonabilidad –en el marco del principio de igualdad– tiene como finalidad analizar si estos tratos diferenciadores son discriminatorios y, en consecuencia, inconstitucionales.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado en su jurisprudencia, a partir de la noción de test de razonabilidad, un sistema de escrutinios bastante sólido. Este sistema estadounidense se caracteriza por aplicar escrutinios de distinta intensidad dependiendo de cada caso, y ha desarrollado el concepto de *categorías sospechosas*. La Corte Constitucional del Ecuador, por su parte, ha receptado algunas figuras del sistema de escrutinios estadounidense, tales como el test de razonabilidad y los criterios sospechosos.

Una vez que se ha explicado que la Corte Suprema de los Estados Unidos y la Corte Constitucional del Ecuador, en teoría, parten de conceptos similares, es necesario resaltar las diferencias que han sido reconocidas a lo largo del presente trabajo.

Los principios rectores que guían al sistema de escrutinio en virtud del principio de igualdad constituyen un punto en el que difieren las dos cortes analizadas. Por un lado, la Corte Suprema, de acuerdo con su jurisprudencia relacionada, ha mostrado que ha aplicado los dos principios (anti-subordinación y anti-clasificación), en distintos tiempos de su historia jurisprudencial. Existe un importante debate doctrinario respecto de la concepción constitucional de la igualdad, pero la mayoría de los académicos compartiría que el derecho estadounidense que defiende la igual protección ha expresado compromisos anticlasificatorios mas que de anti-subordinación<sup>144</sup>. Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana no se ha pronunciado expresamente respecto de los mencionados principios, pero de ella desprende que la Corte sigue -por hipótesis- al principio de anti-subordinación. Lo anterior, porque los tratos desiguales son catalogados sospechosos, en virtud de la afectación

---

<sup>144</sup> Siegel, 2008, 86.

que tengan sobre grupos minoritarios o históricamente vulnerados. Además, en el artículo 11 numeral 2 inciso tercero de la Constitución del Ecuador, se desprende que los casos de discriminación positiva (acciones afirmativas), en algunas ocasiones, son aceptados porque promueven la igualdad real en favor de aquellos grupos que se encuentran en situación de desigualdad (generalmente, desigualdad histórica). Esto último, se traduce en que la Corte Constitucional se basa en el principio de anti-subordinación.

La utilización de distintos niveles de escrutinios en cuanto a los tratos diferenciados, se lo atribuye a los Estados Unidos, que a través de su jurisprudencia ha elaborado distintos test a partir de tres niveles de intensidad en el escrutinio<sup>145</sup>. Esta intensidad se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma, esto quiere decir que, a más intensidad aplicada por las cortes, menos libertad de configuración tienen los legisladores<sup>146</sup>. De lo anterior se desprende que mientras el nivel de escrutinio sea más riguroso, es más difícil para el legislador justificar el trato diferenciado impuesto por la norma sujeta a análisis constitucional. La Corte estadounidense ha establecido tres niveles de intensidad en el sistema de escrutinios: estricto, intermedio y leve (o de mera racionalidad). Estos son los distintos niveles de intensidad que se aplican en el test de razonabilidad para determinar si una distinción es o no discriminatoria. Esta Corte, además, ha identificado los criterios que deben ser analizados ante cada nivel de escrutinio y los factores que influyen en la determinación del nivel de escrutinio a aplicar.

Por su lado, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante su jurisprudencia se ha referido a distintos *tipos* de escrutinio, sin embargo, en la práctica no se los ha podido identificar. Esto, porque de su análisis del artículo 11 numeral 2 de la Constitución, se entiende que todos los criterios utilizados para efectuar tratos diferenciados son "igualmente sospechosos", y esto implica que se utilice el mismo nivel de escrutinio a todos.

El nivel de escrutinio estricto, y por consecuencia la aplicación del concepto de categorías sospechosas, merecen especial atención en esta comparación, porque es el punto en el que las cortes difieren considerablemente.

El escrutinio *estricto*, según la jurisprudencia estadounidense, es aplicable solo sobre las medidas que clasifican a las personas en razón a su raza o su nacionalidad. Estas dos categorías

---

<sup>145</sup> Vásquez, 2018, 35.

Cabe mencionar que a pesar de que la propuesta estadounidense (niveles de escrutinio) no necesariamente se circunscribe al derecho a la igualdad y la no discriminación, se utilizan sus premisas para conformar este tipo de test.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

son las únicas catalogadas como sospechosas, por lo que se presumen *per se* inconstitucionales y discriminatorias. Esto último, se debe a que estos dos criterios representan a grupos que han sido tradicionalmente discriminados, por lo que el objetivo de este nivel es otorgarles una protección especial a estos grupos. Entonces, cuando la Corte Suprema está frente a un caso de discriminación por raza y nacionalidad, debe aplicar el más estricto de los escrutinios. El requisito que debe cumplirse para que una norma sea constitucional a la luz de este nivel, es que se pruebe que existe un fin estatal *imperioso* y que la relación entre los medios y dicho fin debe ser necesaria.

Por otra parte, la Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado jurisprudencia respecto de los exámenes que deben utilizarse en los casos en que existe un trato diferenciado a las personas que están en una misma situación. Para esto, la Corte ecuatoriana se ha referido a los distintos *tipos* de escrutinio que deben ser tomados en cuenta por los jueces dependiendo de las categorías utilizadas en los tratos diferenciados. Sin embargo, como se mencionó anteriormente esto no se ha visto desarrollado en la práctica porque el razonamiento de la Corte sugiere que todos los criterios identificados en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución son considerados *igualmente* sospechosos, debido a que buscan efectuar tratos diferenciados respecto de grupos de personas o grupos vulnerables. Entonces, la Corte no ha determinado distintos niveles de escrutinio, solamente ha establecido que, para justificar un trato diferenciado -fundado en los criterios sospechosos enumerados en dicho artículo- se debe presentar una justificación razonable.

A manera de síntesis, se puede indicar que la Corte estadounidense con su larga historia jurisprudencia ha logrado definir cada uno de los niveles en el sistema de escrutinios y los parámetros que estos incluyen. Además, ha delimitado los criterios que entran en cada uno de ellos. Ha logrado determinar lúcidamente la necesidad de que existan distintas intensidades en este test, explicando que hay criterios que merecen más severidad de control judicial que otros. Entonces, cuando la Corte estadounidense recibe un caso de trato diferenciado, aplica el nivel de escrutinio dependiendo del criterio que será analizado, por lo que se facilita el proceso de análisis de constitucionalidad.

A diferencia de lo anteriormente dicho, la Corte Constitucional se ha limitado a referirse a los distintos niveles o tipos de escrutinio en su jurisprudencia, pero no ha aplicado estos conceptos al momento de tomar una decisión, porque utiliza los mismos parámetros para analizar diferentes criterios. Esto quiere decir que la Corte Constitucional reconoce que existen diversos niveles de escrutinio, pero al haber interpretado un artículo en el que se considera que

toda clasificación es sospechosa, en sus decisiones utiliza el mismo nivel estricto para todas. Desaparecen, así, los *escrutinios*.

El hecho de que todos los criterios sean considerados sospechosos y no reconocer las particularidades de cada categoría, provoca que se pierda la problemática a la que se enfrenta cada grupo social. Asimismo, el que todas las categorías sean catalogadas como sospechosas ocasiona que aquellas normas que usan tratos diferenciados de manera legítima, objetiva y racional, se presuman inconstitucionales; causando –por hipótesis– un desgaste para la labor de la Corte Constitucional.

Como se desprende de lo anterior, hay diferencias esenciales en la aplicación del sistema de escrutinios entre estas dos cortes, a pesar de que en “teoría” partan del mismo concepto. La Corte Suprema ya ha establecido los niveles y sostiene de manera clara cuáles son los criterios que pertenece a cada uno de ellos. La Corte Constitucional, en su joven jurisprudencia, ha intentado sostener un sistema de escrutinios diferenciado, pero no lo ha logrado justamente por el análisis que ha hecho del artículo 11 numeral 2 de la Constitución, del que se sugiere que todos los criterios -sin ser taxativos- son considerados como sospechosos y deben cumplir con un mismo requisito para que se admita su constitucionalidad. Esta comprensión del artículo mencionado, a mi parecer, es especialmente problemática porque se pasa por alto los criterios verdaderamente sospechosos.

## 6 Conclusiones

El presente trabajo de titulación ha buscado explicar cómo la Corte Constitucional, considerando al principio de la igualdad como uno de los pilares fundamentales en un Estado democrático, aplica un sistema de escrutinios para garantizar su protección. Esta tesina ha pretendido describir cuáles son los conceptos que la Corte Constitucional del Ecuador ha receptado de la jurisprudencia estadounidense, con la finalidad de estudiar la constitucionalidad de los casos en el principio de igualdad se ve comprometido. Esto es especialmente importante porque el Ecuador, a través de su Constitución, protege a las personas de cualquier tipo de discriminación, garantizando su derecho a la igualdad formal y material.

Tanto la Corte Suprema de los Estados Unidos como la Corte Constitucional del Ecuador, mediante la implementación del sistema de escrutinios que presupone un test de razonabilidad, buscan proteger el mencionado principio, analizando la constitucionalidad de una norma o situación fáctica que implica un trato desigual, sin embargo, difiere en su aplicación. De esta manera se pone en evidencia un problema jurídico, este es, la inexistencia de niveles dentro del sistema de escrutinio ecuatoriano por la falta de clasificación de las categorías en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República. La falencia dentro del sistema jurídico que se ha analizado es cómo en la jurisprudencia ecuatoriana, al considerar a todos los criterios “igualmente sospechosos”, causa que el nivel de escrutinio a aplicar sea el mismo para todos, sin tomar en cuenta la problemática de cada criterio.

El enfoque que ha sido utilizado en el presente trabajo ha sido comparativo, iniciando con una conceptualización que mostró como Estados Unidos y Ecuador demuestran la importancia que le dan a la protección al principio de igualdad. Si bien Estados Unidos ha implementado un test de razonabilidad dentro del sistema de escrutinios para analizar la constitucionalidad de una norma que implica un trato diferenciado, Ecuador ha adoptado de este sistema muchos conceptos con el mismo fin. Sin embargo, el punto en el que divergen estas dos cortes no es en la línea de pensamiento que siguen, sino en los criterios de aplicación de dicho sistema de escrutinios.

En el desarrollo de esta tesina se ha resaltado la importancia del principio de igualdad, a tal punto que se dedicó una sección para explicar a lo que se refiere la igualdad dentro del marco de un Estado democrático. Luego se buscó explicar los conceptos de igualdad formal y material, con lo que se llegó a la conclusión de que parte del trabajo de un Estado Democrático es tratar de equilibrar todos los puntos de partida para así, lograr resolver las inequidades que acarrea la (des)igualdad material.

Una vez que quedó claro que los tratos discriminatorios son una realidad, se explicó, mediante un análisis comparativo de las jurisprudencias en mención, que es labor de los órganos que ejercen control constitucional discernir cuándo estos tratos son justificados y cuando son considerados inconstitucionales.

Mediante el análisis de las jurisprudencias de ambas cortes se rescata que las diferencias esenciales radican en la aplicación del concepto de categorías sospechosas, mismo que causa que la Corte Suprema tenga distintos niveles de intensidad en sus test y que la Corte Constitucional tenga un solo nivel.

La Corte estadounidense tiene distintos niveles de intensidad en su sistema de escrutinios. Cada nivel es diferente en relación a la desconfianza con la que se mira a los criterios sujetos a análisis, y esto se refleja en los distintos parámetros utilizados. Además, la Corte ha determinado qué criterios merecen estar en cada uno de los niveles y mediante valiosas opiniones ha justificado cada uno de ellos. La Corte Constitucional, aplica el mismo parámetro (objetivo o justificación legítima) a todos los criterios (artículo 11 numeral 2) incluidos dentro de un trato diferenciador, por lo que se puede exponer que utiliza solo un nivel de escrutinio, a pesar de que en su jurisprudencia se refiere a distintos *tipos* de escrutinio.

Así pues, se puede concluir el presente trabajo, afirmando que con el fin de proteger el principio de igualdad, la Corte Constitucional convenientemente ha receptado figuras del sistema de escrutinios desarrollado por la jurisprudencia estadounidense. Sin embargo, esta no ha sido fiel al sistema que lo inspiró, porque al aplicar los conceptos de *tipos* de escrutinios y *categorías sospechosas*, la Corte Constitucional ha presentado ciertos problemas que la Corte Suprema ya ha solucionado en su jurisprudencia.

Finalmente, hay dos proposiciones que se pueden efectuar al respecto del problema jurídico planteado en este trabajo de titulación. En primer lugar, debería realizarse un nuevo análisis constitucional del artículo 11 numeral 2, en el que exista una clasificación de criterios, dependiendo de su nivel de *nocividad* -en cuanto al principio de igualdad- para que de esta manera se puedan implementar distintos *tipos* de escrutinios en la jurisprudencia ecuatoriana. En segundo lugar, se puede sostener que, si la Corte Constitucional continúa aplicando la doctrina de las categorías sospechosas, sometiéndolas al nivel estricto, esta debería definir de manera clara cuál es el estándar de este escrutinio estricto. Puesto que la formulación actual, demuestra ser débil, al satisfacerse con la mera demostración de un fin constitucionalmente legítimo, puede ser superada sin dificultad.

## 7 Bibliografía

- Balkin, J. & R. Siegel. (2003). "The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?". *University of Miami Law Review*. Vol. 58.
- Bhagwat, A. (2007). "The Test That Ate Everything: Intermediate Scrutiny In First Amendment Jurisprudence". *University of Illinois Law Review*. Vol. 2007.
- Bernal, C. (2002). «El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana». En J. Vega & E. Corzo. *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 51-74.
- \_\_\_\_ (2007). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 263.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Ediciones Paidós e Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- \_\_\_\_ (2009). *Teoría General de la Política*. Madrid: Ediciones Trotta.
- Brown-Nagin, T. (2005). "Elites, Social movements, and the law: The case of Affirmative Action". *Columbia Law Review*, Vol 105, No.5
- Campo, J. (1983). "La Igualdad Jurídica como límite frente al legislador". *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 9.
- Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Cherminsky, E. (2006). *Constitutional Law: Principles and Policies*. New York: Aspen Publisher.
- Didier, M. (2013). "El Principio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina y Estados Unidos". *Revista Persona y Derecho*, vol. 68.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Fallon, R. (2000). "As Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing". *Harvard Law Review*. Vol 113, No. 6.

Ferrajoli, L. (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Fiss, O. (1965). “Racial Imbalance in the Public Schools: The Constitutional Concepts”. *Harvard Law Review*. No. 78, 564-591.

García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.

Guastini, R. (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa.

\_\_\_\_ (2012). “Breve Lección sobre la Igualdad”. *Eunomía*, No. 4, 33-41.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2016). *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo*. Recuperado de [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2016/Marzo-2016/Presentacion%20Empleo\\_0316.pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2016/Marzo-2016/Presentacion%20Empleo_0316.pdf)

Jiménez, J. en L. Prieto. (1995). *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. Santiago de Chile: Revista del Centro de estudios constitucionales, 9-57.

Kaufman, E. (2019). “Segregation by Citizenship”. *Harvard Law Review*. Vol 132.

Law, S. (1984). “Rethinking sex and the Constitution”. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 135.

Lempert, R. (1984). “The Force of Irony: On the morality of Affirmative Action and United Steelworkers v. Weber”. *The University Chicago Press Journals*, Vol. 95, No. 1, 88-89.

Maldonado, M. (2016a). “Democracia, Derechos y Regla de Mayoría: Una mirada a partir de la teoría de Norberto Bobbio”. *Isonomía* No. 44, 145.

\_\_\_\_ (2016b). “Conflictivismo y anticonflictivismo en los derechos fundamentales”. *Diritto e Questioni Pubbliche*. 16 (2), 104-131.

\_\_\_\_ (2018). *Los Derechos Fundamentales. Un Estudio Conceptual*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.

\_\_\_\_ (29 de octubre de 2019). *Iguales en libertad*. Quito: Diario El Telégrafo. Recuperado de <https://www.itelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/15/libertad-estado-sociedad-derecho-social>

Nino, C. (2005). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Ortiz, J. (2018). *La Corte Constitucional, el derecho a la igualdad y las categorías sospechosas*. Quito: Revista Jurídica Iuris Dictio.

Petting, G. (1987). “Rational Basis with bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name”. *Indiana Law Journal*. Vol. 62.

Prieto, L. (1995). *Los derechos sociales y el principio de Igualdad sustancial*. Santiago de Chile: Revista del Centro de estudios constitucionales, 9-57.

Saba, R. (2007). «(Des)Igualdad estructural» en M. Alegre & R. Gargarella (Coords.) *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis pp. 193-194.

\_\_\_\_ (2016). *Más allá de la Igualdad Formal ante la ley*. Buenos Aires: Editores Siglo Veintiuno.

Salgado, J. (2009). Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Consitución. Quito: Corporación Editora Nacional. P. 139. . Citado en sentencia 080-13-SEP-CC, caso 0445-11-EP, Corte Constitucional del Ecuador

Siegel, R. (2008). *Anticlasificación en las Luchas Constitucionales sobre el caso Brown*. Buenos Aires: Revista Jurídica Universidad de Palermo, vol. 10.

Tussman, J. & J. tenBroek. (1949). “The Equal Protection of the Laws”. *California Law Review*. Vol 37. Issue 3.

Vásquez, D. (2018). *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

## **Jurisprudencia**

*Bradwell v. The State*, 83 U.S. 141 (U.S. Supreme Court 1871).

*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (U.S. Supreme Court 1954).

*Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200 (U.S. Supreme Court 1995).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-823/99. (Corte Constitucional de Colombia 1999).

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 080-13-SEP-CC. (Corte Constitucional del Ecuador 2013).

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 245-12-SEP-CC. (Corte Constitucional del Ecuador 2012).

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 292-16-SEP-CC. (Corte Constitucional del Ecuador 2016).

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 136-14-SEP-CC. (Corte Constitucional del Ecuador 2014).

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 184-18-SEP-CC. (Corte Constitucional del Ecuador 2018).

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 282-13-JP/19 (Corte Constitucional del Ecuador 2018).

*Craig v. Boren*, 429 U.S. 218 (U.S. Supreme Court 1976).

*Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (U.S. Supreme Court 1973).

*F.S. Royster Guano v. Virginia*, 253 U.S. 412 (U.S. Supreme Court 1920).

*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 216 (U.S. Supreme Court 1944).

*McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420, 425-426 (U.S. Supreme Court 1961).

*Reed v. Reed*, 404 U.S. 75 (U.S. Supreme Court 1971).

*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 287-320 (U.S. Supreme Court 1978).

*United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (U.S. Supreme Court 1938).

