



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA  
INDOAMÉRICA**

**DIRECCIÓN DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO  
MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TEMA:**

---

**LAS CATEGORIAS SOSPECHOSAS POR DISCRIMINACIÓN DESDE LA  
PERPECTIVA DEL ANALISIS DE LA SENTENCIA NO. 48-16-IN/21 DE LA  
CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.**

---

Trabajo de titulación, modalidad Estudio de Caso, previo a la obtención del título de  
Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

---

**Autor(a)**

Deinier Ros Alvarez

**Tutor(a)**

Jesús Manuel Portillo Cabrera

QUITO – ECUADOR

2022

## **AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

Yo, Deinier Ros Alvarez, declaro ser autor del Trabajo de Titulación con el nombre **“LAS CATEGORIAS SOSPECHOSAS POR DISCRIMINACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANALISIS DE LA SENTENCIA NO. 48-16-IN/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR”**, como requisito para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los derechos de autor, morales y patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Quito, a los 14 días del mes de julio de 2022, firmo conforme:

|                                                         |        |
|---------------------------------------------------------|--------|
| Autor: Deinier Ros Alvarez                              | Firma: |
| Número de Cédula: 1757115009                            |        |
| Dirección: Pichincha, Quito, La Concepción, La Florida. |        |
| Correo electrónico: bayer3580@gmail.com                 |        |
| Teléfono: +593987736357                                 |        |

## **APROBACIÓN DEL TUTOR**

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “LAS CATEGORIAS SOSPECHOSAS POR DISCRIMINACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANALISIS DE LA SENTENCIA NO. 48-16-IN/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR” presentado por Deinier Ros Alvarez, para optar por el Título Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

### **CERTIFICO**

Que dicho trabajo de titulación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Quito, 14 de julio de 2022

Mg. Jesús Manuel Portillo Cabrera  
C.I.: 1756095269

## **DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD**

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de titulación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos, personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Quito, 14 de julio de 2022

Deinier Ros Alvarez  
C.I.:1757115009

## **APROBACIÓN TRIBUNAL**

El trabajo de titulación ha sido revisado, aprobado y autorizado su impresión y empastado, sobre el Tema: LAS CATEGORIAS SOSPECHOSAS POR DISCRIMINACIÓN DESDE LA PERPECTIVA DEL ANALISIS DE LA SENTENCIA NO. 48-16-IN/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el maestrante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Quito, 14 de julio de 2022

Mg. Hernán Rodrigo Batallas Gómez  
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Mg. Clara Elizabeth Soria Carpio  
VOCAL

Mg. Jesús Manuel Portillo Cabrera  
VOCAL

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

|                                                                                                                                                   |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| TEMA .....                                                                                                                                        | i    |
| AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA,<br>REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA<br>DEL TRABAJO DE TITULACIÓN .....  | ii   |
| APROBACIÓN TRIBUNAL.....                                                                                                                          | v    |
| ÍNDICE DE CONTENIDOS .....                                                                                                                        | vi   |
| DEDICATORIA .....                                                                                                                                 | viii |
| AGRADECIMIENTO.....                                                                                                                               | ix   |
| RESUMEN EJECUTIVO .....                                                                                                                           | x    |
| INTRODUCCIÓN .....                                                                                                                                | 1    |
| CAPÍTULO 1: FUNDAMENTOS TEÓRICOS ACERCA DE LA IGUALDAD Y<br>NO DISCRIMINACIÓN. ....                                                               | 4    |
| Definiciones sobre la igualdad y no discriminación en la doctrina jurídica .....                                                                  | 4    |
| Enfoques.....                                                                                                                                     | 5    |
| Evolución histórico-normativa.....                                                                                                                | 7    |
| Igualdad formal y la igualdad material .....                                                                                                      | 8    |
| Tipos de discriminación .....                                                                                                                     | 10   |
| Discriminación estructural. ....                                                                                                                  | 10   |
| Discriminación indirecta. ....                                                                                                                    | 10   |
| Discriminación jurídica (discriminación positiva).....                                                                                            | 11   |
| Categorías sospechosas .....                                                                                                                      | 13   |
| Igualdad y no discriminación en el contexto ecuatoriano. Tratados y convenios<br>internacionales suscritos al respecto .....                      | 15   |
| Proyección en el Ecuador.....                                                                                                                     | 19   |
| Categorías sospechosas en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.....                                                                       | 20   |
| Igualdad y no discriminación en los derechos al libre desarrollo de la<br>personalidad(derecho a la identidad personal) y libertad de culto. .... | 22   |
| CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 48-16-IN/21 DE<br>LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR .....                                        | 25   |
| Temática a ser abordada.....                                                                                                                      | 25   |

|                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Puntualizaciones metodológicas .....                                                           | 25 |
| Antecedentes del caso concreto .....                                                           | 25 |
| Decisiones de primera y segunda instancia.....                                                 | 27 |
| Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador .....                                   | 28 |
| Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional .....                               | 30 |
| Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al derecho objeto de análisis..... | 31 |
| Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional. ....                             | 33 |
| Análisis crítico a la sentencia constitucional .....                                           | 33 |
| Importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano. ....                   | 33 |
| Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional.....               | 34 |
| Métodos de interpretación.....                                                                 | 35 |
| Propuesta personal de solución del caso .....                                                  | 36 |
| CONCLUSIONES .....                                                                             | 38 |
| BIBLIOGRAFÍA.....                                                                              | 39 |
| ANEXOS.....                                                                                    | 42 |

## **DEDICATORIA**

A mi familia y a todos los que han participado de este sueño, este es solo el inicio del camino. Gracias por todo el apoyo.



## **AGRADECIMIENTO**

A mis profesores de la Universidad Indoamérica, los que abonaron el camino que me llevó a este logro anhelado.

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA**  
**DIRECCIÓN DE POSGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TEMA: LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS POR DISCRIMINACIÓN  
DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 48-  
16-IN/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.**

**AUTOR: Deinier Ros Alvarez**

**TUTOR: Mg. Jesús Manuel Portillo Cabrera**

**RESUMEN EJECUTIVO**

Las categorías sospechosas y su influencia en las decisiones judiciales es un tema que resulta bien interesante y polémico por lo marcado de su influencia, pero lo complejo de su detección. En la presente investigación las analizamos no solo desde las vulneraciones fácticas, sino también desde el uso normativo como forma de discriminar. Para este logro los objetivos fueron claros desde la visión medular de la sentencia No. 48-16-in/21 de la Corte Constitucional del Ecuador sobre las categorías sospechosas en las decisiones judiciales. Como objetivos específicos se pretende realizar un estudio doctrinal sobre las categorías sospechosas y su relación con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos. utilizamos los métodos históricos, inductivos y deductivo, todo en función de un análisis casuístico. Los resultados obtenidos resultan de un voto constitucional emitido por el maestrante lo que significa una toma de postura respecto al tema objeto de la investigación.

**DESCRIPTORES:** Categorías sospechosas, discriminación, libertad de cultos, derecho al libre desarrollo de la personalidad.

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA**

**POSGRADOS**

**CARRERA: MAESTRIA EN DERECHO**

**AUTOR:** ROS ALVAREZ DEINIER

**TUTOR:** PHD. PORTILLO CABRERA JESUS MANUEL

**ABSTRACT**

Suspicious categories and their influence on judicial decisions is a topic that is very interesting and controversial due to its marked influence, but its detection is highly complex. The present research was analysed not only from the factual violations but also from the normative use as a way of discriminating. For this achievement, the objectives were clear from the core vision of judgment No. 48-16-in/21 of the Ecuador Constitutional Court on suspicious categories in judicial decisions. As specific objectives, it is intended to carry out a doctrinal study on the questionable categories and their relationship with the rights to the free development of the personality and freedom of worship. Historical, inductive and deductive methods were used, all based on a casuistic analysis. The results obtained result from a constitutional vote proposal issued by the teacher, which means a position taken regarding the subject under investigation, generating a concurrence of vote by suspicious category of normative origin.

**KEYWORDS:** Suspicious categories, discrimination, freedom of worship, right to free

## INTRODUCCIÓN

Las categorías sospechosas surgen como elemento diferenciador de realidades sociales y su impacto en las decisiones judiciales, intentando que criterios enmascarados de moralidad y sesgos cognitivos deriven en la restricción de derechos, sin que signifique que todo acto discriminator tenga como requisito *sine qua non* una supuesta categoría sospechosa, de allí el extremo cuidado que se debe tener en su apreciación. Al decir de Valdivia (2020):

Un elemento esencial de las categorías sospechosas es el énfasis que adquieren los grupos como sujetos de discriminación (no toda discriminación es reconducible a la pertenencia a un grupo). Es así como estas categorías permiten clasificar a las personas en conjuntos tales como blancos, negros, católicos, mormones, judíos, etc. Lo anterior no significa, sin embargo, que todo criterio cuya aplicación permita constituir grupos sea una clasificación sospechosa, ya que se trata de una relación género-especie (pp.45-54).

El derecho a la igualdad y la no discriminación resultan el eje diamantino de un Estado Constitucional y de Justicia, pero en la interpretación normativa y su aplicación menguan sus postulados cuando la justicia es invadida por las denominadas categorías sospechosas, las cuales enmascaran las verdaderas intenciones en las decisiones judiciales, esto es realizado a través de postulados que los operadores de justicia tienen afianzados en su entorno personal y profesional, por tanto, es deber el estudio de estas formas sutiles de discriminación y vulneración de los derechos.

La academia aún está en deuda con este concepto de categorías sospechosas, pues parte de la interdisciplinariedad del tema, dado que lo enrevesado de sus aplicaciones, hace que una justicia estructurada y positivista haga un abuso de las mismas con el correspondiente desmedro de derechos, por lo que le toca a la academia la labor de ser la punta de lanza de nuevos criterios de análisis de la justicia.

Esta investigación resulta de medular importancia dado que salvo sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional del Ecuador, este tema aún se mantiene muy poco tratado en la realidad jurídica del país, pues no es un secreto para nadie que los operadores de justicia en la mayoría de los casos se apegan al pragmatismo normativo, siendo sus decisiones generadoras de un derecho estático y poco flexible

En la presente investigación se ha planteado analizar como objetivo general el análisis de los pronunciamientos de la Corte Constitucional sentencia No. 48-16-in/21 de la Corte Constitucional del Ecuador sobre las categorías sospechosas en las decisiones judiciales. Como objetivos específicos se pretende realizar un estudio doctrinal sobre las categorías sospechosas y su relación con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos, el segundo objetivo específico es el análisis crítico de la precitada sentencia de la Corte Constitucional.

Para la consecución de los objetivos planteados hemos utilizados los siguientes métodos de investigación:

**Método Histórico:** Es un proceso que define los orígenes de la institución jurídica a debate

**Método inductivo:** Se define de la particularización del fenómeno hasta el arribo de conclusiones que permitan la similitud para casos análogos.

**Método Deductivo:** El arribo a verdades particulares para intentar comprender el entorno general

**Método de análisis de casos:** Se trata de la selección de una situación jurídica real del entorno ecuatoriano, ante la cual se ven afectados derechos que componen el núcleo de la investigación.

La estructuración del contenido de los capítulos es la que se describe a continuación: En el Capítulo 1 se analiza las principales concepciones y enfoques doctrinales sobre la igualdad y no discriminación, su evolución tanto en el plano histórico como normativo, luego se refiere a los tipos de discriminación, pasando a definir las categorías sospechosas, así como los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de cultos en el contexto ecuatoriano.

En el Capítulo 2 se realiza una valoración crítica de la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, donde se analiza los problemas jurídicos que se planteó la Corte, estableciendo todo esto desde una posición crítica que conlleva a reflexiones doctrinales y personales sobre dicha decisión.

Se culmina con una posición en forma de voto constitucional con criterio de concurrencia respecto de criterios con el juez ponente de la sentencia, pero con posturas de transformación que se enuncian por parte del autor.

## **CAPÍTULO 1: FUNDAMENTOS TEÓRICOS ACERCA DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.**

### **Definiciones sobre la igualdad y no discriminación en la doctrina jurídica**

La tendencia de los sistemas democráticos actuales hacia el igualitarismo hace que sea un aspecto aspiracional de las sociedades modernas, vista en sus dos tendencias (formal y material). Es así que de igual forma el respeto a la dignidad humana en grupos históricamente excluidos, se ha convertido en punto de mira de los defensores de derechos humanos.

En este sentido Barak (2017) ratifica la importancia adquirida por la igualdad:

Resulta hoy evidente que la igualdad constituye una exigencia cada vez más extendida en todos los ámbitos de la sociedad –poder político, poder administrativo, poder económico, poder social, y en general, en el pensamiento social– así como un principio jurídico que ha venido adquiriendo en las últimas décadas relevancia creciente en todas las ramas del Derecho. Sin embargo, ello no se ha traducido en una formulación precisa y uniforme en cuanto a su significación y su alcance (p.123-140).

Conceptualmente no existe concordato entre los autores a la hora de definir qué se debe entender por igualdad. De hecho, se han referido como con “vaguedad identitaria” por su constante modificación a lo largo del devenir de la historia, también se ha dicho que es un concepto que es usado en función de la clase que ostente el poder para igualar desde la desigualdad. Por lo que también se ha dado como una labor de concreción inacabada. El tema resulta en extremo complejo y en la actualidad se ha abierto un fuerte debate desde el discernimiento de la misma, Martínez Tapia (2000) sostiene que:

Los ordenamientos jurídicos, además, no contienen una noción de igualdad, sino que se remiten a ésta en sus distintas manifestaciones, hablando de «igualdad de trato», «igualdad material», «prohibición de discriminación», o «discriminación positiva», manifestaciones que a menudo se fundan en concepciones ideológicas dispares, y son funcionalmente diversas, lo que

contribuye también a la problematización del concepto y a la confusión terminológica existente (p.87).

También un criterio medio enrevesado proveniente de Saba (2016) que muestra la dificultad de entendimiento de la igualdad:

Lo que no es igual debe ser tratado desigualmente. Esto es, serían contrarias al principio de igualdad tanto las normas que injustificadamente anularan consecuencias diferentes a supuestos de hecho que han de ser considerados equivalentes, como aquellas que supusieran un tratamiento igual a supuestos de hecho diferentes (p.234).

Esto no se trata de la igualdad incondicional o ilimitada, de ahí que la expresión en la que se concreta el principio de igualdad, «todos los hombres deben ser igualmente tratados», no impide el tratamiento diferenciado entre quienes se encuentran en situaciones desiguales o en circunstancias equivalentes.

Un tema tan polémico como la igualdad no se escapa de las disímiles interpretaciones, por lo que conviene delimitar los principales y más importantes para su correcto entendimiento.

### **Enfoques**

La primera visión sobre la igualdad es analizarla como principio, en este punto es necesario señalar que no solo debe reducirse a la igualdad entre personas y frente al Estado, sino que se proyecta al momento de la interpretación por parte de los operadores de justicia a los que se les pone de freno inhibitorio en sus decisiones con el fin de respetar la exigencia igualitaria

Otra visión sobre la igualdad es la de considerarla en esencia un derecho subjetivo, en este sentido Ronquillo Riera (2021) sostiene:

Debe entenderse de esta forma solo cuando se invoca en la creación o aplicación de un enunciado jurídico concreto; o cuando estamos ante un principio del que se derivan titularidades subjetivas concretas en forma de derechos en relación con objetos y sujetos determinados (p.98-106).



Es importante resaltar que la igualdad no puede verse desde la abstracción normativa, sino que su concreción debe ser palpable lo cual no impide que pueda verse como derecho subjetivo.

Una de las aristas de la igualdad que más confusiones trae entre los estudiosos es su análisis como valor. Muchos lo sitúan como valor de alcance general y en igual jerarquía que la libertad, ambos como columnas en los Estados modernos. En este sentido se afianza en el reconocimiento de la dignidad, la que es consustancial al ser humano y no debe modificarse en función de circunstancias, siendo el poder político quien carga con la función de garantizarlos y de facilitar su ejercicio.

Por tanto, la igualdad tiene un sentido teleológico y deontológico que hace que deba interpretarse como el trato real o garantía del que debe gozar cada individuo por el simple hecho de serlo. Es decir que siendo contestes con la postura asumida por Rodríguez (2004) cuando refiere:

Ese valor de la igualdad se proyecta en el sistema desde el punto de vista subjetivo como garantía general de un trato igual y no discriminatorio de las personas por parte de los poderes públicos (principio de igualdad) y a la vez como derecho particular de cada individuo que debe ser protegido (el derecho fundamental a la igualdad) (pp.34-56).

Al entender la igualdad en el orden funcional tenemos que verlo en su bifurcación formal o jurídica (la garantía de la igualdad de trato ante la ley), de carácter más individual, y otra material o real (que supone la búsqueda de la igualdad efectiva en la vida social a través de la mejora de las condiciones de vida de los más desfavorecidos), de alcance más colectivo.

Según Rawls (2012):

La igualdad es una garantía constitucional lograda con base en un procedimiento mediante el cual se configura una “sociedad bien ordenada”; el procedimiento enfatiza en la deliberación racional y razonable. Racional, porque cada individuo acude a su autocomprensión para apostarle a sus propios intereses de modo inteligente; razonable, por la capacidad de cada quien de regular la conducta personal y someter sus juicios a la discusión con otros, lo que le aporta el sentido político al proceso(p.56)

Y en este debate, Bobbio (2009) señala:

Que la igualdad es un tipo de relación formal, que se puede colmar con los más distintos contenidos. La igualdad se considera como un bien como un fin para los componentes singulares de una totalidad en tanto que tales entes se encuentran en un tipo de relación entre sí(p.34).

Pero cómo ha evolucionado el concepto, sus principales postulantes es algo que trataremos en los folios siguientes

### **Evolución histórico-normativa**

Al parecer el origen de la idea de igualdad puede enmarcarse en el Derecho Internacional (siglo XVI), enmarcado principalmente como hemos dicho en la idea del respeto a la dignidad humana, lo que Montaigne y Fray Bartolomé de las Casas citados por Stavenhagen(1988) denominaron “La igualdad entre los hombres, con base en una ‘humanidad natural secularizada’”, otra idea es la negativa de superioridad de los conquistadores respecto a la población nativa de los lugares afectados por la Conquista Española.

El Iluminismo Francés y su idea tripartita de “libertad, igualdad y fraternidad” y la postura de igualdad del proceso independentista norteamericano y su igualdad creacionista dan los primeros pasos para entender la igualdad. Pero estos movimientos propugnaban una igualdad formal, pues sabemos que en el caso del primero se desarrolló como pensamiento antimonárquico, pero segmentando el creciente feudalismo, alejado de la plebe. En el caso del segundo los colonos solo dieron a los negros que se incorporaron a la lucha un reconocimiento beligerante, pero sin prerrogativas de igualdad.

En mérito de ello Estrada (2019, p.12) “No los considera antecedentes directos de la igualdad que *a posteriori* defendería el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Este propio autor sostiene que “Se debe visualizar los procesos políticos y constitucionales en América Latina en las primeras décadas del siglo XIX que otorgaron una dimensión normativa a la igualdad formal en su expresión de igualdad ante la ley”. Sobre este tema, Peces-Barba (2008) manifiesta:

En este contexto, el proceso de universalización de los derechos humanos comenzó propiamente en el siglo XX. La creación de la Sociedad de Naciones en 1919 al término de la Primera Guerra Mundial, significó un

avance central en el desarrollo de los derechos humanos, y su formulación de los principios de igualdad y no discriminación se contemplaron como instrumento para la protección de las minorías, papel que en ocasiones ha quedado relegado en la doctrina jurídica internacional contemporánea (pp.345-350).

Las clasificaciones básicas que establece la doctrina es la formal y la material, las cuales parecen elementales, pero merecen comentarios y estudios profundos, se realiza un acercamiento a las mismas para intentar desentrañar sus postulados principales

### **Igualdad formal y la igualdad material**

El siglo XVIII acoge el nacimiento del Estado Liberal, pero es en las postrimerías del mismo que se comienza a hablar de regímenes de igualdad en su sentido jurídico o formal, es así que como hemos planteado en folios anteriores este principio aún con sus nuevas dimensiones es el asidero fundamental de los Estados, sobre todo los de Derechos y los de Justicia, por lo que encuentra plasmación en todos los textos constitucionales de estos países.

Al decir de Atienza ( 2004):

Hay tres nociones fundamentales de la igualdad, a saber: la igualdad política, la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley o a través de la ley.

La igualdad política tiene que ver con el reparto o la distribución del poder político en una sociedad y básicamente se entiende de dos formas, la primera se refiere a la existencia de igualdad en los procesos para elegir a quienes detentan el poder y, la segunda, a la manera como está repartido el poder a que se produzca una igualdad en el resultado (p.143).

En otro sentido la igualdad ante la ley sostiene que las personas con identidad de sistemas jurídicos deben ser tratados de forma igualitaria, por lo que las normas deben abarcar la mayor totalidad, sin demeritar la casuística. Y en modo alguno que la distinción provenga de los órganos de justicia, esto puede derivarse dos vertientes: la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, eliminando todos los privilegios de nacimiento, y la demanda de la generalidad de la ley.

Como bien lo sentencia Giménez (1999):

En realidad, la problemática que se genera es encontrar los límites a la diferencia de trato que la Administración o el Poder Judicial pueden otorgar a los ciudadanos en la aplicación de las leyes, límites; que son: la motivación, razonabilidad, y no arbitrariedad de cambio de criterio (p.87).

La igualdad formal implica, de manera estricta, un trato igualitario y como punto de inicio resulta de suma importancia ya que de ahí parte la igualación jurídica. No obstante, la realidad en sociedades tan complejas y dispares como las actuales se ven enfrentadas a múltiples escenarios. Por su parte la igualdad material debe ser generada por el Estado mediante sus acciones y políticas públicas, esto con la búsqueda de la igualdad real entre las personas, debemos entender esto como la implementación constante de iguales oportunidades o resultados.

Según Rawls citado por Ribotta (2009) sostiene:

La idea de igualdad de oportunidades de la siguiente manera: los que tienen el mismo nivel de talento y habilidad y la misma disposición a hacer uso de esos dones, deberían tener las mismas perspectivas de éxito independientemente de su clase social de origen (p.74).

Por el contrario, la igualdad de oportunidades en sus alcances actuales implica ser efectiva, no únicamente formal, y para que sea efectiva necesita no sólo el igual acceso a las posiciones, sino también igualdad en los resultados. La igualdad de resultados o igualdad en el punto de llegada se determina en términos de lo justo, lo bueno, lo equitativo (*fairness*); esto es, la participación de todos los grupos en cada uno de los ámbitos de la sociedad: trabajo, educación, capacitación y obtención de bienes y servicios.

Sobre este punto, existe ya un consenso en el sentido de que la igualdad material no debe entenderse como un igualitarismo radical que postule una nivelación total y completa de los bienes o como una exigencia de igual bienestar, entre otras cosas, porque resultaría utópico. Sino que debe referirse a una cierta nivelación de la riqueza en la línea de reducir las desigualdades de los recursos existentes.

## **Tipos de discriminación**

### **Discriminación estructural.**

Es necesario señalar que la discriminación estructural es un fenómeno que incorpora datos propios de los entornos socio-históricos como fundamento para explicar las desigualdades de hecho y derecho respectivamente, esto como resultado de esquemas de discriminación. Esto en palabras de Saba (2016, p.87) “ Es resultado de complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias”.

Por su parte Mendieta ( 2018) define este tipo de discriminación como:

Las acciones u omisiones de un Estado que a partir del no reconocimiento o del incumplimiento sistemático de derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas produce, reproduce o agrava desigualdades históricas y presentes sufridas por éstos, sus poblaciones y personas (pp.87-94).

Se denomina discriminación estructural a la que afecta de manera general todas las esferas de la vida, hay grupos que han sido históricamente marginados y son los que sufren en mayor medida este tipo de discriminación.

Según Jara(2018, p.34)“La complejidad del fenómeno es tal que no depende únicamente de decisiones conscientes o actos intencionales, sino que está inscrito en el funcionamiento cotidiano de nuestra sociedad y sus instituciones”

Genial definición la de Solís( 2017):

La discriminación se fundamenta en un orden social que es independiente de las voluntades individuales; la discriminación se constituye como un proceso de acumulación de desventajas, tanto a lo largo del curso de vida como entre las generaciones, y la discriminación tiene consecuencias(pp. 33-34).

Resulta entonces que la discriminación aflora en lo cotidiano visto incluso a nivel social como consuetudinario, muchas veces producto de los rezagos coloniales y culturales, lo cual por su contenido antropológico resulta de difícil protección por vía de políticas públicas o el derecho.

### **Discriminación indirecta.**

Según Añon citado por Castilla(2012, p.45) se denomina discriminación indirecta a “Un trato con viso diferenciado, que oculta un motivo de neutralidad

afectando a determinado grupo o colectivo protegido por una cláusula antidiscriminatoria”.

Se puede decir que la discriminación se decanta hacia lo indirecto, si es que el acto o norma no se manifiesta de forma explícita o diáfana. De ahí que el elemento diferenciador sea la intencionalidad, pues se sostiene que la indirecta es inconsciente. Este tipo de discriminación lacera de forma solapada la dignidad de la persona, al que niega en su carácter de individuo.

Sostiene Blázquez(2018):

Desde esta interpretación, son los efectos de las conductas, su resultado final y no la intención del que las realiza, lo determinante para calificar un acto como discriminatorio. Como tal, se trata de un fenómeno complejo en el que tradicionalmente se han identificado dos clases de discriminación, dependiendo de a qué concepto de igualdad se haga referencia(p.87).

### **Discriminación jurídica (discriminación positiva).**

Resulta interesante la confusión establecida cuando se habla de una acción afirmativa, pero sin embargo los teóricos sostienen que encierra la “discriminación positiva”, es de suma importancia recalcar que este término no tiene sentido.

Parece que se trate de palabras antagónicas, pero hablar de discriminación positiva es comprender que se pueden realizar acciones afirmativas, siempre y cuando se identifiquen como grupo social sometido a una discriminación. De ahí que no resulta difícil de entender que esta institución surge en respuesta a la marcada segregación a la que fueron sometidos los negros en los Estados Unidos.

Autores como Jara(2018) sitúan este origen de la siguiente manera:

Históricamente, el concepto de discriminación positiva surgió como respuesta a los esfuerzos por eliminar la discriminación en la segunda mitad del siglo XX tras el establecimiento de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Carta de los Derechos Humanos establece la igualdad de derechos y libertades de todo ser humano sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, Estado(p.41).

De acuerdo con la práctica, ya generalizada, de utilizar la palabra “discriminación” exclusivamente para designar distinciones “arbitrarias”, “injustas” o “ilegítimas”, el término “discriminación positiva” es un contrasentido: la distinción a que se refiere se justifica y es legítima pues no es arbitraria y no puede llamarse “discriminación”, o es injustificada e ilegítima por ser arbitraria y no debe llamarse “positiva”. En cambio, el término “acción positiva” es equivalente a “acción afirmativa”.

En la medida en que la discriminación positiva institucionaliza un trato preferencial y, en definitiva, una forma de discriminación que infringe el principio general de igualdad de trato, requiere un especial esfuerzo de justificación, pues la carga de la prueba indudablemente le corresponde a quienes abogan por ella. No obstante, a éstos les asisten argumentos de peso. Las políticas de discriminación positiva tienen como objetivo prioritario atender a una razón de estricta justicia: eliminar el daño injustamente inferido a un determinado grupo social.

Una segunda finalidad, derivada igualmente de la idea de justicia, sería compensar a los miembros de grupos específicos por las consecuencias de la discriminación de la que han sido objeto en el pasado y en el presente en los distintos ámbitos de la vida social: en la escuela, los servicios públicos, la distribución de la vivienda, la presencia en los medios de comunicación y, particularmente, en el mercado de trabajo (atendiendo así la dimensión retrospectiva de la justicia).

Siendo menester que exista una “conexión suficiente” entre la norma que establece una distinción como forma de sortear obstáculos sociales que permitan transitar de una igualdad meramente formal a una sustantiva, y por tanto efectiva, con la causa de la que se parte para considerar que ese grupo es desfavorecido históricamente. En otras palabras, ha de considerarse y reconocer que la causa es “relevante” para la norma concreta con respecto a la cual se practica la distinción. O sea que el elemento base que toma la norma como supuesto de hecho para realizar la distinción (por ejemplo, el origen étnico, la orientación sexual, la identidad de género, etc.)

No puede admitirse el análisis jurídico que determinados derechos no puedan ser gozados en pie de igualdad en función de la orientación sexual o identidad de género de las personas. Por tanto, si una vez consagrados los derechos, le corresponden al Estado las obligaciones de respetar, proteger y cumplir con la realización de los mismos, ello implica para el Estado respetar los derechos, el abstenerse de actuar de cualquier modo que interfiera en el disfrute de los derechos de las personas. Mientras la obligación estatal de proteger los derechos implica impedir que terceras partes interfieran en el ejercicio de los derechos humanos. El hecho de que un tercero impida a otros el ejercicio de sus derechos constituye por parte del Estado una falta por omisión.

La puesta en marcha de programas de discriminación positiva denota el seguimiento de una política orientada a la erradicación de las desigualdades de oportunidades que padecen determinados miembros de una sociedad y, en esa misma proporción, indica la observancia de una política muy contrapuesta a la ausencia de medidas que caracteriza habitualmente al liberalismo, que en gran medida no es sino un universalismo abstracto a la defensiva y, en definitiva, un discurso impotente en la práctica a la hora de hacer retroceder la injusticia social.

Las políticas de discriminación positiva, que pueden darse por plenamente legitimadas invocando una interpretación integral y no formalista del principio general de igualdad, pueden ser, sin embargo, objeto de usos instrumentales ajenos a su planteamiento original y de este modo pueden ser puestas en entredicho. Esto es lo que sucede cuando se las presenta como un medio para mantener la identidad cultural de determinados grupos minoritarios.

### **Categorías sospechosas**

El origen de las categorías sospechosas es proveniente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con su doctrina del escrutinio directo para analizar su una regulación sobre el comercio de la leche podría vulnerar el principio de igualdad(Caso "Unidad States v. Carolene Products Co").

La precitada Corte Suprema sostuvo:

No es necesario considerar ahora si la legislación que restringe los procesos políticos que ordinariamente se pueden esperar para llevar a la derogación de la legislación indeseada estará sujeta a un más elevado escrutinio judicial



bajo las prohibiciones generales de la enmienda catorce que otros tipos de la mayoría de legislación.

Por su parte en la Corte Constitucional colombiana se definió “Que las categorías con criterios de discriminación con componente histórico en función de las desventajas o subvaloraciones en los cuales se pueda presumir subvaloración”.

En este sentido es ilustrativa la sentencia No T-077/16 donde dice que se puede advertir este tipo de discriminación de la siguiente forma:

Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sean posibles efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.

Este tipo de categoría, pasa desapercibida en muchas ocasiones, en las decisiones judiciales parecen intrascendentes, pero su detección incluso en fases iniciales del proceso hace que los derechos no se vean vulnerados con conductas injustas y arbitrarias que violan el derecho a la igualdad.

Resulta necesario señalar para evitar confusiones que no toda distinción puede ser asimilada como discriminatoria, pues muchas veces intentar igualar puede desencadenar en actos de segregación. Por eso para diferenciarlos según refiere Valdivia(2020, p.45) “ El trato debe ser objetivo y razonable. Lo que supone que la relación entre la finalidad y los efectos de la medida adoptada, debe tener un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.

Courtis(2008) las define:

De manera más simple, se puede mencionar que estas categorías son también conocidas como “factores prohibidos”, ya que se constituyen como aquellos “factores sobre cuya base las distinciones perjudiciales están prohibidas”, y como norma general los tratados internacionales de derechos humanos en sus artículos que propugnan el derecho a la igualdad y no discriminación suelen hacer una mención ejemplificativa de estas categorías(pp.123-135).

Existe otra teoría sobre las categorías sospechosas que se debe tomar en cuenta que es la de asimilarlas como criterios de interpretación del derecho de igualdad o como medidor de los derechos garantizados en la Constitución, en este sentido y por el bloque de constitucionalidad, las normas del *ius cogens* también son susceptibles de aplicación ante un acto discriminatorio.

Existen algunos criterios sobre el impacto que tienen las categorías sospechosas según Cobreros(2017, p.87) “Algunos acentúan el impacto sobre la dignidad humana, es decir, otorgar un tratamiento distinto en virtud de ciertas características personales constituiría, en sí mismo, un daño, estigma o insulto a la dignidad de las personas así mal tratadas”. Esto casi siempre asociado a la existencia de estamentos o castas, pero sería importante revisar en estos casos extensión e intensidad.

Al decir de Vega y Corzo(Vega Gómez & Corzo Sosa, 2002):

Esta visión, sin embargo, deja fuera al menos una de las categorías sospechosas “clásicas”, cual es la religión. Por lo mismo, algunos lo han modificado para incluir dentro de los factores inmutables aquellos que no podrían variarse sin afectar severamente la identidad de la persona(pp.123-143).

El analizar en términos de positivo o negativo un trato diferenciado es una miopía en materia de derechos, pues además se pierde la objetividad en función de que se disgrega el posible grupo afectado, la disyuntiva se ve cuando las categorías sospechosas en su efecto son positivas para un grupo, mientras que otro vulnera sus derechos, casi siempre los menos favorecidos históricamente.

### **Igualdad y no discriminación en el contexto ecuatoriano. Tratados y convenios internacionales suscritos al respecto**

Ecuador es un país que en pos de la mejoría de derechos ha suscrito una gran cantidad de tratados o convenios internacionales. El país se vio inmerso en la ola de tratados de derechos humanos de difícil o lenta aplicación por parte de los países de la región en función de que la realidad socio-económica era compleja para la incorporación de los estándares internacionales.

Es así que el primer instrumento que podemos citar para sustentar a nivel internacional el derecho a la igualdad y del que Ecuador es signatario, resulta la

Declaración Universal de Derechos Humanos(1948). La misma expresa “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, ello significa que ninguna persona por ninguna circunstancia o característica social o personal, tiene menos derechos que otra.

Esta declaración es considerada como una de las más generales a pesar de su corto articulado, y resulta de hecho la primera visualización universal de los derechos y libertades fundamentales, declarando sus características de inherentes, inalienables e irrenunciables por la sola condición de ser humano.

Es así que posteriormente teniendo como eje la misma se van dando convenciones que intentan lograr la generalidad de protección de los derechos humanos en contra de la discriminación.

Por ejemplo, podemos citar entre otros la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (promulgada en el 2013 por la Organización de Estados Americanos(en lo adelante OEA).

La precitada Convención traslada al Estado la función de garante, el fin de la misma es:

Prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todas las formas de discriminación que puedan existir; por lo tanto, los Estados tienen la obligación de tomar medidas respecto de la violencia incitada en cualquiera de los motivos prohibidos, la restricción indebida o irracional de derechos individuales, la difusión de contenido discriminatorio o que incite al odio, el uso de estereotipos en la educación, incluso en la realización.

Esta al ser aprobada por el legislativo ecuatoriano su suscripción no solo se planteó su unidad con la Constitución vigente, sino que se argumentó por parte de varios asambleístas que se trataba de una formulación que “implica un desarrollo progresivo de los derechos humanos y refuerza su protección”.

Otro de las convenciones que es importante denotar es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial(1965). Su criterio y orientación estaba enfocada en la eliminación o mitigación de todas las formas de discriminación racial(posee carácter vinculante). Ratificada por Ecuador el 22 de septiembre de 1966.

Según los expertos mediante esta conferencia se trazaron las pautas más completas sobre la lucha contra el racismo y sus formas conexas.

Sobre la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (OEA, 2013), nos ilustra Rodríguez Cepeda(2004):

Entre los deberes, a más de los ya vistos de manera general en el tema de respeto, protección y cumplimiento, se destacan la generación de políticas para el trato equitativo, cuidados y prevención sobre discriminación indirecta que se consideren como agravantes, los actos que impliquen la discriminación racial y múltiple, e incluso la implementación de una institución nacional que tenga como atribución la de supervisar el cumplimiento de esta Convención. Además, como mecanismo de protección se faculta a la CIDH a recibir peticiones individuales por violaciones a las disposiciones del tratado(pp.234-245).

Por su parte la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ratificada por el Ecuador el 9 de noviembre de 1981), es un instrumento con un marcado enfoque de suma claridad en cuanto a los derechos de las mujeres y el logro de la igualdad material, de allí que las medidas que se establecen van con bases a políticas públicas, según lo establece el artículo 2, el que reza:

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Siguiendo con la protección con visión igualitaria se promulgó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares(1990). Es ratificado por el Ecuador en el 2002

Según Vega Gómez y Corso Sosa sostienen:

La Convención es un tratado internacional amplio, centrado en la protección de los derechos de las y los trabajadores migratorios, en el cual se pone de relieve la vinculación entre la migración y los derechos humanos, un tema de interés general al que se presta cada vez mayor atención en todo el mundo(pp.45-57).

Uno de los grupos donde la desigualdad se hace más palpable resultan los refugiados, de allí que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1950) sea su norma por excelencia, dándoles un marco de protección para evitar las desigualdades que se generan en los países en lo que son acogidos. Es interesante señalar el artículo 3, pues contiene la cláusula de no discriminación, la cual incluye escasas categorías sospechosas, ya que en tal artículo sólo se habla de discriminación por “motivos de raza, religión o país de origen”.

## **Proyección en el Ecuador**

Un interesante punto de mira de la igualdad en la visión del Ecuador es el reconocimiento de la igualdad como elemento base del nuevo Estado que sostiene la Constitución del 2008, su carácter trifronte de principio, deber y derecho ciudadano hace el abanico de posibilidades para su protección.

Un análisis del artículo 11 numeral 2 de la Constitución nos muestra que su ámbito de protección es mucho mayor que los tratados y convenios internacionales que hemos citado anteriormente, la Constitución por su parte muestra las categorías sospechosas de forma explícita y frontal. Incluso el propio cuerpo legal señala al Estado con la función de garante, este sentido el artículo 3 numeral 1 sostiene “El Estado tiene la obligación de garantizar sin discriminación el goce de los derechos”.

Por su parte el enfoque de derecho hace que la apreciación sea erga omnes, como elemento primigenio para luego difuminarlo en los grupos de protección, a saber, los de atención prioritaria sobre los que el Estado tiene la obligación de realizar acciones para eliminar las acciones que generen discriminaciones para el precitado grupo.

Podemos ejemplificar con los artículos 48 numeral 7 relativos a la discapacidad, por su parte el artículo 57 en sus numerales 2,3 y 21 se engloba la protección de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, e incluso al hablar de su derecho al trabajo en el artículo 329.

Otros ejemplos nos los ilustra Alegre(2007)

También sobre este derecho respecto de las mujeres y la discriminación se hace referencia en los artículos 331 y 332; mientras que sobre la no discriminación hacia las mujeres productoras se habla en el artículo 334. De igual forma, como un derecho de libertad consta la igualdad material, formal y la no discriminación, en el artículo 66, numeral 4(p.86).

Al menos en la parte formal vemos que en la igualdad para los derechos políticos en el acceso a los cargos públicos, interesante las cuotas para la equiparación de oportunidades en materia de género.

En este orden de cosas señala Ronquillo(2021)

La Constitución de 2008 presenta algo novedoso en lo que a equidad e inclusión se refiere. Dentro del Título del Régimen del Buen Vivir, se instauro el sistema nacional de equidad e inclusión social, y en el artículo 341 se reconoce el derecho de generar condiciones para la protección integral de derechos, incluyendo su goce sin discriminación y en condiciones de igualdad. Conjuntamente con esto, para mejor garantía de este derecho y de otros consagrados en la Constitución, para las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, de discapacidades y movilidad humana se crean los Consejos Nacionales de Igualdad, establecidos en los artículos 156 y 157(pp.134-145).

El criterio de igualdad que sostiene el Ecuador es de avanzada al menos en materia jurisdiccional, resulta además la Corte Constitucional el elemento que ha revolucionado toda la formulación de la correcta protección de derechos, por lo que contamos con una Constitución viva para la efectiva garantía y goce de los demás derechos fundamentales en condiciones de igualdad y no discriminación.

### **Categorías sospechosas en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana**

La Corte Constitucional del Ecuador no ha sido prolija en sentencias alrededor de los criterios de discriminación y podemos decir que en parte no es su culpa debido al abanico tan extenso que abarcan las categorías sospechosas. Otro de los puntos necesarios de señalar es que la propia Constitución genera un sinnúmero de criterios de discriminación, por lo que los pronunciamientos de la Corte Constitucional han sido casuísticos.

A modo de referencia mencionaremos las que a nuestro criterio resultan las más importantes por sus pronunciamientos.

La primera resulta la Sentencia No. 080-13-SEP-CC, en la misma la propia Corte señala a las categorías sospechosas como “criterios” de doble aplicación tanto en el plano estatal como en el privado. Por lo que define como “justificativos utilitaristas apelando a categorías como: el orden jurídico, el orden público, la moral pública, las buenas costumbres, etc”

En este sentido la misma define a las categorías sospechosas como:

Son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República. (Sentencia No. 080-13-SEP-CC)

Es interesante la declaración que hace la Corte Constitucional sobre que los postulados del artículo 11 numeral 2 cualquier desmedro es inconstitucional bajo apercibimiento *iuris tantum*. En el mismo pronunciamiento refiere “Un trato diferenciado es justificado únicamente para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario”, por lo que el trato diferenciado basado en categorías sospechosas, necesariamente implica un mayor esfuerzo por determinar si el trato es o no discriminatorio”.

También sostuvo sobre el escrutinio estricto

Este escrutinio escrito aparece exigido al menos en tres tipos de situaciones: a) Cuando la diferencia de trato se debe expresamente a consideraciones relativas al sexo de los afectados, este tipo de situaciones, es ciertamente cada vez más reducido; difícilmente una norma o una actuación administrativa justificarán tratamiento desfavorable invocando abiertamente la pertenencia al sexo femenino b) Procede también, el escrutinio estricto cuando la diferencia de trato se hace derivar no inmediatamente del sexo, pero sí de circunstancias directa o inmediatamente relacionadas con el mismo... c) Más complejo es el supuesto en el que la diferencia de trato se debe a características que no aparecen forzosa e inmediatamente vinculadas al sexo, pero que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas con la pertenencia a uno u otro sexo (usualmente femenino).

Otra interesante sentencia resulta la Sentencia No. 292-16-SEP-CC, en esta se advierte sobre la utilización del soez criterio de la “debilidad física de la mujer” como elemento de discriminación a la hora de en remuneraciones y honores.



La visión de la esencia de las personas en las discriminaciones de género es otro de los aportes de esta sentencia. Refiere la sindicada “Desde que 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”.

En posteriores sentencias se vieron relacionadas las categorías sospechosas de la filiación y de la discapacidad, la primera parecería que se encontraría desterrada del derecho moderno, sin embargo, aún subsisten casos donde la aseveración de hijos bastardos o concebidos fuera del matrimonio se aplica en el imaginario popular, el tema es que su detección se hace muy compleja (Sentencia No. 057-17-SEP-CC).

**Igualdad y no discriminación en los derechos al libre desarrollo de la personalidad(derecho a la identidad personal) y libertad de culto.**

Cuando pensamos en libertad, vienen a la mente la autodeterminación, los criterios del actuar sin la intervención y voluntad de otros o como diría Rousseau “estado en el que el individuo no obedece a otros sino a sí mismo”. Bobbio por su parte sostiene que “El cumplimiento de la ley es un acto de libertad”(Bobbio & Peces-Barba, 2000).

Es decir que, a pesar de la diversidad de opiniones y criterios, la solución de conflictos siempre es posible cuando se trata de entes racionales que se supeditan a la norma jurídica, es decir la esfera que no debe verse afectada es el libre albedrío para la toma de decisiones, libertad es de forma lógica lo que está permitido o no es prohibido en la norma.

Por tanto, el derecho al que nos referiremos en la presente investigación resulta el del desarrollo a la libre personalidad. Como baremo del entorno investigativo.

Algunos atisbos desde el entorno grecolatino sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentran asidero en la teoría de Gómez De Amezcuá en 1604 en su “*Tractatus de potestate in se ipsum*” allí nos ilustra “Todo está permitido al hombre, respecto de sí mismo, excepto aquello que le está expresamente prohibido por el derecho”.

Con el advenimiento del esquema dogmático del clero, el concepto precitado enfrentó una crisis sin igual, en función de una predeterminación divina como colofón del desarrollo del hombre. Moncho(2000, p.33) refiere “Hay un nexo entre libertad como hecho psicológico (libre albedrío) y libertad como tal. Con todo son dos dimensiones diferentes de la libertad: la libertad psicológica, una; la libertad digamos civil, la otra”.

La mayoría de los autores son contestes en que con el nacimiento de la Escuela del Derecho Natural con Groccio como figura cimera resulta el momento o la tendencia donde realmente tiene su génesis el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Un ejemplo es Henrich citado por Fernández(2012)

De manera que se entiende aquí, a cada ser humano, como una persona individual, con sus propios proyectos de vida, deseos e inclinaciones. Por ello, la personalidad pasa a ser, la suma de rasgos y características individuales y particulares de cada persona, y, por tanto, las bases constitutivas de un conjunto de derechos correlativos, mediante los cuales, se potencializa y protege el desarrollo de cada cual(pp. 123-135).

Sin duda un hito jurídico en el desarrollo de este derecho resulta la Constitución de los EUA o Declaración de Virginia la que plantea casi con efecto epicúreo la felicidad como elemento base del nuevo Estado, sosteniéndolo como derecho inalienable e inherente por la simple condición de ser humano y el respeto a la personalidad humana. Es decir que enmarca la felicidad y la realización como elementos de desarrollo de la persona. Este documento dejó sentadas las enmiendas que se constituyen hasta el día de hoy como estructuras monolíticas del sistema de protección de derechos.

El enfocar al ser humano en su multiplicidad de elementos formativos y conformadores de su personalidad hace que al precautelar los derechos de los mismos se debe visualizar la afrenta segmentando la vulneración , de allí que en muchas ocasiones los operadores de justicia se les dificulte su determinación.

El elemento conformador del ser humano que nos ocupa a los efectos de esta investigación resulta el del ser espiritual como capacidad de discernir y decidir su credo, conciencia o culto. Esta esfera es consustancial al hombre y su

posicionamiento ante lo inefable o desconocido. De allí que la elección de creencia es una postura definitiva para el ser humano. Y resulta esta elección la que más polémicas provoca, dado que entre los creyentes se adoptan posturas sectarias y selectividades divinas.

De allí que uno de los enfoques de los derechos humanos es el de eliminar los problemas históricos de discriminación, provocados por conflictos religiosos, así como todas las violaciones de derechos que de estos derivan. Y que el señalamiento de su violación no conlleve temor ni represalias de ser discriminado, ya que es una decisión privada y autónoma.

Es así que un concepto que debemos manejar es el de libertad religiosa, la misma ha sido definida por Bidegaín & Demera(2005, p.54) como “El derecho que tienen todas las personas para creer o no creer y para reflejar esas creencias internas en comportamientos externos”.

Según González (2014) “La libertad de culto se refiere a las manifestaciones externas, primordialmente rituales, en homenaje a la divinidad, que posee toda confesión religiosa, sujetas, como tales manifestaciones, a las limitaciones de no afectar los derechos de los terceros” (p.1).

La tripartición de esta libertad es la conciencia, culto y expresión religiosa, sobre este punto nos aclara Jijon (2021, p.98) “No es correcto utilizar las palabras libertad religiosa y libertad de culto como sinónimos, ya que la segunda se encuentra más delimitada que la primera al referirse a la exteriorización de las creencias que se profesan”.

Refiere Villareal (2020):

El devenir de las relaciones humanas, políticas y culturales, produjo un retraimiento de la cuestión religiosa hasta mediados del siglo XX. Sin embargo, desde el último cuarto de ese siglo, la práctica de las grandes –por el número de fieles– religiones monoteístas devino más ortodoxa(pp.47-54).

En este sentido el derecho no viene a cuestionar el credo, sino que estructura un sistema donde las personas gocen de sus derechos de desarrollo de la personalidad y de religión sin intromisión con el fin de garantizar la libertad que tiene toda persona de escoger determinada religión o creencia y vivir conforme a ella sin más limitaciones que los derechos de los demás.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 48-16-IN/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

### **Temática a ser abordada**

En el capítulo se analiza la sentencia No. 48-16-IN/21 de la Corte Constitucional en donde se estudian postulados del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de religión o de culto. Mostramos la forma de analizar el caso concreto en acápite nombrado puntualización metodológica, describiendo los antecedentes del caso, así como las decisiones de primera y segunda instancia, los problemas que tuvo que plantearse la Corte, de igual manera, la forma de interpretación empleada, la importancia para el derecho constitucional ecuatoriano de esta sentencia, como colofón se hará una toma de postura personal sobre la forma de resolución del máximo órgano de justicia constitucional, situándonos como juez constitucional.

### **Puntualizaciones metodológicas**

En el estudio de caso analizamos la Sentencia 48-16-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, sus principales argumentos, así como los elementos que toma la misma para hacer su cuestionamiento de constitucionalidad, entre ellos precisión de derechos vulnerados, medidas de reparación y fundamentación de elementos jurídicos que puedan afectar a los accionantes.

Se utiliza el método de análisis, evaluando de forma crítica los derechos del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de culto, estableciendo los principales postulados que teóricamente se sostienen por la doctrina.

Realizaremos un análisis estático de la jurisprudencia constitucional, mediante la ubicación de problemas jurídicos, *obiter dicta* y *rattio decidendi*, para finalmente abordar el análisis de conclusiones jurisprudenciales, con lo cual se tomará una postura por parte del autor.

### **Antecedentes del caso concreto**

El caso en cuestión resulta de la presentación de una demanda de inconstitucionalidad normativa sostenida por Jin Ho Lee, ciudadano surcoreano y Segundo Manuel Coles Paguay, ciudadano ecuatoriano, ambos domiciliados en Quito y de denominación religiosa, cristianos evangélicos.

Los mismo presentan la demanda contra la Ley de Cultos y Reglamento de Cultos Religiosos(en lo adelante LC y RCR respectivamente) específicamente en sus artículos 2 de la LC y 3 numeral 2 de la segunda. Pero para entender el contexto debemos incluir el artículo 1 de la Ley de Cultos.

Las diócesis y las demás organizaciones religiosas de cualquier culto que fuesen, establecidas o que se establecieren en el país, para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, enviarán al Ministerio de Cultos el Estatuto del organismo que tenga a su cargo el Gobierno y administración de sus bienes, así como el **nombre de la persona que, de acuerdo con dicho Estatuto, haya de representarlo legalmente**. En el referido Estatuto se determinará el personal que constituya el mencionado organismo, la forma de elección y renovación del mismo y las facultades de que estuviere investido(negrita adicionada).

En relación a lo precitado se encuentra el artículo debatido, el que señala:

**La representación legal de que habla el artículo anterior no podrá ser ejercida sino por ecuatorianos**, con las facultades suficientes para representar a las entidades referidas, en juicio y fuera de él, en cuantos casos fuere menester. El Organismo administrativo, lo propio que el representante legal, tendrá necesariamente su domicilio en el Ecuador(negrita adicionada).

Otra de las normas que se deben mencionar para comprender el nudo crítico del caso es el artículo 3 numeral 2 del RLC, en el cual se refiere “**Que se determina el representante legal, que debe ser de nacionalidad ecuatoriana y domiciliado en Ecuador**”(negrita añadida).

Es decir que como se puede observar le fue impedida la representación legal al ciudadano surcoreano por no cumplir con el requisito de nacionalidad que prescribían las normas precitadas. Los accionantes solicitaron como medida cautelar que se suspenda la aplicación de las normas impugnadas argumentando que la nacionalidad ecuatoriana se constituye en una categoría sospechosa generadora de discriminación.

## **Decisiones de primera y segunda instancia**

No se sustanció en instancias debido al tipo de acción interpuesta, la que resulta acción de inconstitucionalidad, la cual se ejerce directamente por la Corte Constitucional en ejercicio de su control abstracto, lo cual está establecido en el artículo 436 numeral 2 de la CRE y en el artículo 75 incisos c y d) de la LOGJCC

La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución(CRE).

Finalidad.- El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.

Art. 75.- Competencias.- Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:

Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de: a) Enmiendas y reformas constitucionales. b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales. c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley. d) Actos normativos y administrativos con carácter general(LOGJCC).

## **Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador**

El 23 de agosto de 2016, la Sala de Admisión, conformada por los jueces constitucionales Pamela Martínez Loayza, Roxana Silva Chicaíza y Manuel Viteri Olvera, admitió a trámite la presente causa y omitió pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada.

El 5 de febrero de 2019 fueron posesionados ante el Pleno de la Asamblea Nacional, las juezas y jueces constitucionales Hernán Salgado Pesantes, Teresa Nuques Martínez, Agustín Grijalva Jiménez, Ramiro Ávila Santamaría, Alí Lozada Prado, Daniela Salazar Marín, Enrique Herrería Bonnet, Carmen Corral Ponce y Karla Andrade Quevedo.

Se avoco conocimiento y resulto Jueza Ponente la Dra. Teresa Nuquez Martínez, mediante providencia de 10 de diciembre de 2020.

Según los accionantes, las vulneraciones de derechos en la siguiente forma y manera:

Que las normas impugnadas contravienen los derechos a la igualdad y no discriminación (art. 11.2 y 66.4 CRE), a la libre asociación (art. 66.13 CRE), a la identidad (art. 66.28 CRE), y a la seguridad jurídica (art. 82 CRE).

En relación al primer derecho se argumenta que su desmedro se ve en el uso de la nacionalidad ecuatoriana como categorías con esencia y forma discriminatoria por exclusión. Por lo que solicitan escrutinio estricto. Sobre el segundo derecho presuntamente vulnerado el criterio es que las denominaciones religiosas poseen una formulación y tratamiento propio respecto a las otras asociaciones, en este sentido se enarbola como criterio la laicidad del Estado ecuatoriano.

En el caso del derecho a la identidad la postura de los accionantes fue la siguiente:

El derecho a la identidad contiene como características la protección y desarrollo de la nacionalidad, tras ello se permite condensar su efecto en base de que a través de su contenido se satisface una necesidad existencial, a la vez que protege diversos derechos individuales; adicional, su efecto conlleva un notorio contenido cultural (además de social, familiar, psicológico, espiritual), mostrándose esencial para la relación de cada

persona con las demás e incluso su comprensión del mundo exterior, y su ubicación misma.

De ahí que las normas impugnadas violarían el derecho a la identidad, puesto que se forzaría al representante legal adoptar la nacionalidad ecuatoriana.

El último derecho relativo a la seguridad jurídica, resulto sin duda alguna el de argumento más endeble, al mezclar la supremacía constitucional con la vulneración del principio-derecho de la seguridad jurídica.

Otro de los puntos necesarios es analizar la postura asumida por los órganos estatales que fueron interpelados en este libelo a saber:

Presidencia de la República, la posición de allanamiento a los argumentos presentados por los accionantes fue la utilizada, dando criterios de inclusión, pero en términos de redacción más que de una toma de postura.

Por su parte la Asamblea Nacional tuvo una postura similar solo que reputo la desactualización normativa de lo impugnado, por lo que argumenta:

La exigencia normativa de la nacionalidad ecuatoriana para el representante legal de una congregación religiosa dentro del Ecuador, es una norma legal antigua de hace 80 años que produce efectos discriminatorios, por nacionalidad, y es contrario a los preceptos constitucionales, ya que en el 2008 con la Constitución de Montecristi se estableció un nuevo paradigma de garantías y derechos, que da a los extranjeros que se encuentren en territorio nacional los mismos derechos y obligaciones que los ecuatorianos. Por último, menciona que por todo lo expuesto y en virtud que la expresión ‘no podrá ser ejercida sino por ecuatorianos’, la cual es parte del artículo 2 de la Ley de Cultos, es contraria con los preceptos constitucionales invocados

La Procuraduría General del Estado se pronunció de igual manera que la Asamblea Nacional con argumentos de obsolescencia normativa en función del nuevo paradigma constitucional que rige en el Ecuador con la Constitución del 2008.



## **Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional, se plantea un problema jurídico donde los accionantes argumentan un ofrecimiento de carga argumentativa que debe ser requisito *sine qua non* de las acciones de inconstitucionalidad, sin embargo, no cumplen lo ofrecido y a criterio de la Corte Constitucional, no hay argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes. Por lo que este problema solo está enunciado y por criterio de la propia Corte subsumido del desarrollo teórico de la demanda.

Es decir que la Corte Constitucional, solo se centra en los problemas jurídicos siguientes: la presunta contravención de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libre asociación, y a la identidad.

Comienza el máximo órgano jurisdiccional, sosteniendo que el elemento de inicio es el comparativo entre sujetos en debate y titulares del derecho, luego de establecer con claridad la categoría en que se funda la diferencia, para como colofón situar lo que la misma denomina el resultado o efecto de la diferencia.

Por lo que concluye “La diferencia será justificada cuando es objetiva y razonable, y es discriminatoria, cuando anula o disminuye el contenido de los derechos sin contar con proporcionalidad”. Por lo que la Corte Constitucional cierra esta idea advirtiendo del cuidado necesario a la hora de realizar las comparaciones con criterios de nulidad de analogía.

En la comparabilidad que se establece en la sentencia a debate, hay un marcado punto que la Corte Constitucional denomina “permisión/prohibición” y es justamente allí donde radica la exclusión y la discriminación, es decir el nacional puede, pero al extranjero se lo separa de la posibilidad. En este caso se trata de dos grupos de elemental diferenciación, por lo que se muy claro el derecho mutilado y la categoría diferenciadora, que en el caso de que sea usada como criterio de separación se convierte en categoría sospechosa.

De esta diferenciación la CIDH ha argumentado:

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una

dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado (Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce que pueden existir diferencias entre nacionales y extranjeros, pero hay derechos y estándares donde es inconcebible y por demás sancionable por acto de discriminación.

El otro derecho que se engloba en el problema que se plantea la Corte Constitucional es sobre el derecho a la libre asociación regulado en el artículo 66.13 de la CRE. En este punto la Corte Constitucional hace una mezcla de derechos entre la asociación y la libertad de culto, en función del ejercicio de los derechos de forma individual o colectiva. Por lo que es interesante el pronunciamiento de la propia Corte “De esta forma, las congregaciones religiosas configuran una forma real de organización social, que, como tal, gozan de protección sus procesos de autodeterminación” o sea el de congregarse y escoger su directiva o lo que es lo mismo potestad auto determinativa y auto organizativa.

Por lo que la Corte Constitucional concluye que existe vulneración al derecho precitado y por tanto se debe establecer como criterio de discriminación con el fin de evitar excesos visto desde un ángulo meramente formal.

El próximo derecho resulta el del derecho a la identidad, conviene acercarse a este derecho con sumo cuidado pues en muchas ocasiones no es sencilla su visualización si no analizamos al ser humano en su integralidad y desarrollo de la personalidad.

### **Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al derecho objeto de análisis**

La Corte Constitucional respecto a la discriminación sostiene mediante el test de proporcionalidad con el fin de determinar si la norma viene por una diferenciación legítima, en este sentido Restrepo (2006, p.76) sostiene “El problema

central de la igualdad no es la desigualdad, dado que gracias a ella se desarrolla. Es la distinción de cuándo somos iguales y cuándo diferentes”.

El denominado test de proporcionalidad consta de varios elementos, los que delimitaremos a continuación.

El fin constitucionalmente válido que se refleja en la sentencia cuando argumentan que no hay justificación para cercenar la posibilidad de un ciudadano extranjero de ejercer la representación legal de una entidad religiosa. Es decir que no solo afecta el sacrosanto principio de igualdad, sino que se extiende a la segregación del extranjero, esto también afecta derechos colectivos, pues, aunque parece un aspecto formal, el liderar una congregación es más que un efecto legal para los fieles de estas denominaciones.

La Corte Constitucional, decidió de forma sabia no continuar con el test de proporcionalidad dado a que el primer elemento era burdo su incumplimiento. Ahora lo que sí es super interesante de denotar es cuando establece la Corte Constitucional al enmarcar la vulneración del derecho de libertad como eje de la convivencia pacífica de personas de distintas nacionalidades y credos dentro del modelo constitucional del Ecuador.

En cuanto al derecho a la libre asociación la Corte Constitucional se pronuncia sobre un proteccionismo sobre las formas y prácticas de la religión tanto en forma individual como en congregación, por lo que con la norma que se sostiene su inconstitucionalidad se están viendo lapidadas ambas formas de práctica, irrespetando derechos reconocidos constitucionalmente.

Relativo al derecho a la identidad la Corte Constitucional hace un pronunciamiento en función de las estructuras jerárquicas de las denominaciones religiosas, es decir desarrolla lo que debe entenderse por vulneración del derecho a la identidad enmarcado en el ejercicio de la religiosidad, lo que denomina “obstaculización injustificada”. O sea que reconoce que la nacionalidad ecuatoriana es aplicable a ciertos casos para acceder a dignidades y honores, más en el caso presentado es atentatorio contra derechos jurisdiccionales reconocidos.

Así que da cierre argumental con un postulado que vas enfocado más al plano gramatical, pero que sin duda deja cerrada la posibilidad de sesgos de discriminación o de estamentos basados en categorías sospechosas.

## **Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional.**

No aplica la CC medidas de reparación

## **Análisis crítico a la sentencia constitucional**

### **Importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano.**

Al acercarnos al caso que examinamos parecería a priori sencillo, pero cuando nos adentramos a su entramado nos podemos dar cuenta de su medular importancia. Nuestros argumentos son que se trata de un caso que toca uno de los temas más polémicos de los seres humanos en lo relativos a sus creencias y líderes religiosos. Tocando la polémica de segregar por nacionalidad, lo que constituye un punto que rompe con la visión garantista de la Constitución del 2008.

Otro de los puntos que debemos señalar es la claridad con que se logra dilucidar que la discriminación puede ser generada por vía normativa, cuando lo consuetudinario es verlo a través de acciones provenientes de autoridades y particulares. Por lo que la sentencia deja sentado que el efecto de lo inconstitucional de la norma no es solo bajo actualización normativa, sino que su afectación resulta grave y además sirve atemperar norma y corregir vulneraciones de derechos.

Cumple el criterio de novedad en el sentido que se trata de una sentencia reciente con postulados de influencia marcada, y se sienta sobre las bases mismas de una sociedad extremadamente clerical y religiosa, es opinión de este autor que la norma que se reputa inconstitucional fue creada y afianzada para cerrar puerta a religiones que a nivel nacional pudieran ser consideradas de menos importancia o por la forma eminentemente católica de la sociedad ecuatoriana.

Es decir que la Corte Constitucional realiza una actividad no solo de respeto por la diversidad de religiones, sino que pone el ecumenismo y la apertura mental como elementos del nuevo esquema garantista. Desarrolla además los criterios de los tipos de religión y credos que se han introducido en el Ecuador. Aunque el tema era extremadamente delicado la Corte Constitucional lo explica de forma magistral y con términos sencillos y tolerantes para evitar crispaciones doctrinales y extremistas. Por supuesto ante esta postura de la Corte Constitucional se constituye en una sentencia que puede considerarse por su forma, temática y análisis del tema religioso desde la norma infractora como un texto de estudio sistemático.

### **Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional si bien tuvo una oportunidad dorada para tocar el tema polémico de la religión, lo cierto es que el caso no daba mucho trigo para entrar tan a profundidad, pero es merecedora de loas. Uno de los puntos que la Corte Constitucional deja a colgado es la determinación de si la persona que solicitaba la representación legal de la congregación resultaba un líder religioso o solo se trataba de una persona que buscaba dicha potestad para funciones administrativas, lo cual no haría menos lesivas las vulneraciones, pero llevaría otro análisis conceptual y dogmático.

El desarrollo de la sentencia en cuanto a los patrones de discriminación los valora incluso desde los aspectos formales de la igualdad de asociación, es decir asimilar que, aunque se trata de un tipo de sociedad o asociación, lo cierto es que por su carácter de religiosas deben de tener un tratamiento distinto por no ser de carácter comercial, sino que se trata de derechos inherentes al ser humano como el de agremiarse para practicar sus cultos y desarrollar la espiritualidad sin intervención directa del Estado, solo como ente regulador, pero en el caso que analizamos el Estado se constituye en violador de derechos por normativa.

Señalar de forma positiva el desarrollo que hace la Corte Constitucional del derecho a la identidad, pues deja claro que a través de la misma se desarrollan derechos adicionales, es decir que lo existencial se va encaminado hacia un desarrollo pleno de la personalidad y el derecho le da sustento al libre albedrío. Porque la mezcla de derechos vulnerados representaba para la Corte Constitucional un reto del que salieron airoso en este caso, pero que con su postulado diáfano marca el camino.

Somos del criterio que la Corte Constitucional debió desarrollar de mejor forma el derecho a la libertad de culto, como refiere Pinto(2017) “Es decir que la libertad religiosa aglutina conciencia, convicción y expresión que incluye las convicciones teístas, no teístas y ateas. Es interesante como la comunidad internacional comprendió la importancia de la religión como elemento que complementa al ser humano(p.87)

Es así que se elaboró la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las

Convicciones, la cual en su articulado delimita importantes derechos subyacentes para el correcto entendimiento de esta categoría:

- La libertad de tener y conservar la religión o las creencias de la elección de cada uno, libertad de cambiar de religión o de creencias, libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, libertad de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones en lugares para esos fines, libertad de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción.
- Libertad de fundar y mantener instituciones de beneficencia, humanitarias y de enseñanza, libertad de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción, escribir, publicar y difundir las publicaciones pertinentes.
- Libertad de capacitar, nombrar o elegir los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de una religión o convicción y de comunicarse con individuos y comunidades en los ámbitos nacional e internacional, el derecho de los padres y, en su caso, de los tutores legales a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El diseño de la vida del ser humano es un elemento propio de la democracia, siendo la religión un punto donde el hombre se inserta en el entorno social, lo contrario generaría vulneraciones propias de los regímenes totalitarios y las dictaduras.

### **Métodos de interpretación**

Al decir de García (2004):

El ejercicio de interpretación constitucional otorga certeza a las decisiones, ya que permite determinar la vivencia real de la norma fundamental, vivencia que explica la actualización de la misma al confrontar una cultura a la que los intérpretes nunca pueden ser ajenos por el mero hecho de que

son criaturas de esa sociedad, lo que es de gran importancia para poder garantizar la seguridad jurídica en su aplicación (p.87).

En cuanto a la interpretación, la Corte Constitucional ha aplicado los métodos de interpretación teleológicos y sistemáticos, los cuales se pueden ver muy claro en la reacción jurídica de la Corte, métodos que se entienden desde los ángulos siguientes.

El primero al decir de Piccato (2006).

Es el método mediante el cual la aplicación de un texto legal requiere una previa identificación del propósito que la norma busca proteger, que no corresponde a la intención del legislador sino al valor protegido por el sistema jurídico, a la finalidad derivada de la norma. En la interpretación constitucional es muy utilizado este método, debido a que los valores y principios que conforman el texto constitucional suponen una interpretación teleológica, máxime si se está frente al ejercicio de los derechos fundamentales (p.213).

Por su parte el sistemático, permite interrelacionar diferentes preceptos, considerando que todos forman un sistema normativo. Para López(2006,p.39) este método consiste “En la identificación de una o varias normas, fines, valores o principios constitucionales que tienen mayor abstracción y en los que se plasma objetivos morales y políticos de signo más universal y consensuado”.

### **Propuesta personal de solución del caso**

La postura que asumiremos será la de un voto concurrente, pero con criterios de aumento y sugerencias para el mejor discernimiento de la sentencia que se analiza, concurrimos en la inconstitucionalidad de la norma objeto de la sentencia, sin embargo, se sostiene el criterio que se debió argumentar con mayo jurisprudencia interamericana, a tenor del bloque de constitucionalidad.

Se trata de un tema que implica la nacionalidad como categoría sospechosa, pero también por adición la de la posibilidad que por aspectos formales de dudosa proyección como que un extranjero necesite nacionalidad del Ecuador para asumir liderazgo o representación de una denominación religiosa. Lo cual parece a primera vista un sesgo de clero atípico para el siglo XXI.

Es interesante el voto del Juez Enrique Herrería Bonnet quien no solo argumenta las categorías sospechosas con sentencias propias de la Corte Constitucional, jurisprudencia que sostenemos debió ser fundamento legal de la sentencia de marras, unido a los artículos como el 391 y 392 sobre el Estado como garante de las personas en movilidad humana, en este sentido debemos recordar que el ciudadano al que se le privo de la posibilidad de representación legal es de origen surcoreano, por lo que alejado de su país se le cercena la posibilidad de dirigir a sus seguidores. Es decir que el llamamiento es al estudio de las categorías sospechosas de forma casuísticas para evitar su abuso por parte de los operadores de justicia, siendo la Corte Constitucional el generador de esta jurisprudencia, la importancia de las sentencias de Corte Constitucional es de permanente lectura para lograr un Ecuador tolerante, garante y moderno, por vía de sentencias se puede influir en el cambio de pensamiento si se realizan técnicas, pero a la vez comprensibles.



## CONCLUSIONES

La garantía de igualdad es un elemento que se encuentra presente en la mayoría de los sistemas jurídicos, pero su carácter es formal, de ahí que muchas veces se generen confusiones y vulneraciones de derechos sobre todo en derechos colectivos, que se traducen en violaciones individuales. De ahí la necesidad de precisar las categorías sospechosas

Las categorías sospechosas afectan generalmente a las personas y grupos más desfavorecidos, pero lo sutil de las mismas hacen que se escondan bajo fallos judiciales en los que la legalidad parece ser el punto de quiebre, sin embargo, el desconocimiento de los jueces hace que lo jurisdiccional quede fuera aun siendo evidente

La discriminación normativa es una de las de mayor complejidad a la hora de su determinación, incluso invocarla conlleva un estudio y conocimiento profundo, de allí que el aparato categorial sea necesario denotarlo con claridad mediante sentencias jurisdiccionales de merito

El desconocimiento de los elementos conformadores del derecho a la identidad o al libre desarrollo de la personalidad hace que a la hora de analizarlo se queden sus pronunciamientos en posturas epidérmicas que ponen más duda que certeza en los emisores normativos y los operadores de justicia. La sentencia que se analiza en esta investigación debió profundizar en los aspectos señalados, pues temas de religión en el Ecuador no se ponen en tela de juicio con frecuencia, de allí que la CC tuvo un momento irrepetible y único.

La Corte Constitucional con su pronunciamiento define claramente al modificar la normativa vulneradora de derechos respecto al uso de la palabra persona para precisar quien puede ser representante legal de una denominación religiosa en el Ecuador, lo cual anula la posibilidad de usar la nacionalidad como requisito de apariencia formal, pero con un gran trasfondo de discriminación como en el caso que se examina en esta investigación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alegre, M., & Gargarella, R. (Eds.). (2007). *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis.
- Alvar Ezquerro, J., & Peces-Barba, G. (Eds.). (2008). *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Dykinson [u.a.].
- Atienza, M. (2004). *Las razones del Derecho*. Palestra Editores.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad: Los derechos fundamentales y sus restricciones*.
- Blázquez Agudo, E. M. (2018). *Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino*. <https://elibro.net/ereader/elibrodemo/106100>
- Bobbio, N., Cabo, A. de, & Pizarro, G. (2009). *Teoría general de la política*. Trotta.
- Bobbio, N., & Peces-Barba, G. (2000). *Igualdad y libertad*. Paidós: I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Castilla Juárez, K. A. (2012). *Acceso efectivo a la justicia: Elementos y caracterización*. Porrúa.
- Cobrerros, E. (2017). Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81.
- Estrada Tanck, D. (2019). El principio de igualdad ante la ley en el Derecho internacional = The principle of equality before the law in International Law. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 11(1), 322. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4622>
- Fernández Sebastián, J. (Ed.). (2012). *La aurora de la libertad: Los primeros liberalismos en el mundo iberoamericano*. Marcial Pons.
- Giménez Gluck, D. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant lo Blanch.
- Jara-Labarthé, V. (2018). Discursos y prácticas de la discriminación positiva para políticas indígenas en educación superior. *Cinta de Moebio*, 63, 331-342. <https://doi.org/10.4067/S0717-554X2018000300331>
- Jijón Giler, N. (2021). Análisis crítico a la legislación internacional sobre libertad de religión. *Iuris Dictio*, 12. <https://doi.org/10.18272/iu.v28i28.2325>

- Martínez Tapia. (2000). *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones.
- Mendieta Miranda, M. & Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. (2018). El principio de igualdad y no discriminación. Aproximaciones a la discriminación estructural del estado paraguayo hacia los pueblos indígenas. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 4(10), 153-180. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i10.199>
- Moncho i Pascual, J. R. (2000). *Ética de los derechos humanos*. Tecnos.
- Rawls, J., & Rodilla, M. A. (2012). *Justicia como equidad: Materiales para una teoría de la justicia*. Tecnos.
- Restrepo Yepes, O. C. (Ed.). (2006). *Investigación jurídica y socio jurídica en Colombia: Resultados y avances en investigación* (1. ed). Universidad de Medellín.
- Ribotta, S. & Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas.» (2009). *John Rawls: Sobre (des)igualdad y justicia*. Dykinson.
- Rodríguez Zepeda, J. (2004). *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?* Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Ronquillo-Riera, O. I., Ojeda-Sotomayor, P. M., & Panchi-Chancusig, W. P. (2021). La igualdad ante la ley como derecho constitucional en Ecuador. *CIENCIAMATRIA*, 7(1), 498-508. <https://doi.org/10.35381/cm.v7i1.559>
- Saba, R. (2016). *Más Allá de la Igualdad Formal Ante la Ley ¿Qué le Debe el Estado a Los Grupos Desaventajados?*. Siglo XXI Editores. <http://public.ebib.com/choice/PublicFullRecord.aspx?p=6472032>
- Solís, P., & Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (México). (2017). *Discriminación estructural y desigualdad social: Con casos ilustrativos para jóvenes indígenas, mujeres y personas con discapacidad*.
- Stavenhagen, R. (1988). *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina* (1. ed). Instituto Interamericano de Derechos Humanos : Colegio de México.
- Valdivia Aguilar, T. (2020). ¿Sospechar para igualar? Un análisis «estricto» de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho PUCP*, 84, 9-45. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.001>

Vega Gómez, J., & Corzo Sosa, E. (Eds.). (2002). *Instrumentos de tutela y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (1. ed). Asociación Argentina de Derecho Constitucional : Facultad Derecho Universidad Complutense : Fundación de Derecho Público, Venezuela : Fundación Editorial Jurídica Venezolana : Hispamer «Leer es crecer» : PEMEX : Universidad Central de Chile : Universidad Externado de Colombia : Universidad de Lima : Universidad Nacional Autónoma de México.

Villarreal Garza, C. A., & Ramírez Aguilar, A. de J. (2020). Libre desarrollo de la personalidad con perspectiva de derecho emergente. *REVISTA DYCS VICTORIA*, 2(1), 45-52. <https://doi.org/10.29059/rdycsv.v2i1.40>

## ANEXOS



**Sentencia**  
**No. 48-16-IN/21**

**Jueza ponente:** Teresa Nuques Martínez

Quito, D.M., 09 de junio de 2021

### CASO No. 48-16-IN

#### **EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE**

#### **SENTENCIA**

**Tema:** En la presente sentencia se analiza la presunta incompatibilidad del artículo 2 de la Ley de Cultos, y el artículo 3, numeral 2 del Reglamento de Cultos Religiosos, en lo referente a la prohibición de personas extranjeras de ejercer la representación de cultos religiosos en el Ecuador. Luego de efectuado el análisis constitucional se comprueba la incompatibilidad entre las normas impugnadas y el contenido de los derechos a la igualdad y no discriminación, la libre asociación y a la identidad, y se declara su inconstitucionalidad sustitutiva.

#### **I. Antecedentes Procesales**

1. El 23 de junio de 2016, los señores Jin Ho Lee y Segundo Manuel Coles Paguay- en adelante “los accionantes”-, presentaron una demanda de acción pública de inconstitucionalidad, por razones de fondo, en contra del artículo 2 de la Ley de Cultos,<sup>1</sup> y el artículo 3, numeral 2 del Reglamento de Cultos Religiosos <sup>2</sup>. Los accionantes solicitaron como medida cautelar que se suspenda la aplicación de las normas impugnadas.
2. El 23 de agosto de 2016, la Sala de Admisión, conformada por los jueces constitucionales Pamela Martínez Loayza, Roxana Silva Chicaíza y Manuel

<sup>1</sup> Registro Oficial No. 547, de 23 de julio de 1937.

<sup>2</sup> Registro Oficial No. 365, de 20 de enero de 2000.

Viteri Olvera, admitió a trámite la presente causa y omitió<sup>3</sup> pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada.

3. El 5 de febrero de 2019 fueron posesionados ante el Pleno de la Asamblea Nacional, las juezas y jueces constitucionales Hernán Salgado Pesantes, Teresa Nuques Martínez, Agustín Grijalva Jiménez, Ramiro Ávila Santamaría, Alí Lozada Prado, Daniela Salazar Marín, Enrique Herrería Bonnet, Carmen Corral Ponce y Karla Andrade Quevedo.
4. De conformidad con el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión del 9 de julio de 2019, la sustanciación de la presente causa correspondió a la jueza constitucional Teresa Nuques Martínez, quien, mediante providencia del 10 de diciembre de 2020, avocó conocimiento.

## II. Alegaciones de las partes

### De los legitimados activos

5. Los accionantes sostienen que las normas impugnadas contravienen los derechos a la igualdad y no discriminación (**art. 11.2 y 66.4 CRE**), a la libre asociación (**art. 66.13 CRE**), a la identidad (**art. 66.28 CRE**), y a la seguridad jurídica (**art. 82 CRE**).
  - 5.1. En lo referente a la igualdad y no discriminación manifiestan que: *“la nacionalidad ecuatoriana como requisito sine qua non para desempeñarse como representante legal de una congregación religiosa se convierte en una de las categorías sospechas que producen discriminación, imponiendo un test de razonabilidad más estricto que el que se exige en relación con diferencias de trato no basado en tal categoría”*.
  - 5.2. En lo relativo a la presunta incompatibilidad del derecho a la libre asociación, argumentan: *“[E]n el Estado ecuatoriano las confesiones religiosas pueden ser concebidas jurídicamente como asociaciones, resultado surgido por el ejercicio colectivo de una titularidad en última instancia individual- el derecho de asociación, en este caso en materia religiosa-, cuyo libre ejercicio debe ser entendido bajo las condiciones y requisitos que conforman la garantía asociativa prevista en el artículo 66 número 11 de la CRE”*; asimismo menciona: *“[l]as confesiones religiosas, al poseer un tratamiento propio y especial en relación a las demás asociaciones, - en virtud de la libertad religiosa, tienen un ámbito de protección y autonomía específico (sic), libre de interferencias en el actual Estado laico”*.

---

<sup>3</sup> Expediente constitucional fs. 33. Auto de admisión.

5.3. Por su parte, en lo atinente al derecho a la identidad, afirman: “[e]l derecho a la identidad contiene como características la protección y desarrollo de la nacionalidad, tras ello se permite condensar su efecto en base de que a través de su contenido se satisface una necesidad existencial, a la vez que protege diversos derechos individuales; adicional, su efecto conlleva un notorio contenido cultural (además de social, familiar, psicológico, espiritual), mostrándose esencial para la relación de cada persona con las demás e incluso su comprensión del mundo exterior, y su ubicación misma”. De ahí que las normas impugnadas violarían el derecho a la identidad, puesto que se forzaría al representante legal adoptar la nacionalidad ecuatoriana.

5.4. Finalmente, en lo que atañe a la seguridad jurídica, aseguran que las normas impugnadas no se corresponden “con adecuada y correcta armonía con el contenido constitucional, producen su irrespeto de manera sistemática; en otras palabras, tras su evidente defecto se violenta, por ejemplo, el principio de supremacía constitucional”.

### **Presidencia de la República**

6. La Presidencia de la República, considera que es “evaden[te] la inconstitucionalidad de las normas impugnadas” y en ese sentido, se “allan[a] a las pretensiones de los accionantes y solicita de manera concreta lo siguiente:

- Que, se modifique el artículo 2 de la Ley de Cultos en la parte que indica “no podrá ser ejercido sino por ecuatorianos” y en su lugar esta disponga “deberá ser ejercida por persona”; y,
- Que, se modifique el numeral 2 del artículo 3 del Reglamento de Cultos Religiosos en la parte que indica ‘que debe ser de nacionalidad ecuatoriana’ y en su lugar esta disponga ‘que debe encontrarse’”.

### **Asamblea Nacional**

7. La Asamblea Nacional, por su parte, ha indicado que “[l]a exigencia normativa de la nacionalidad ecuatoriana para el representante legal de una congregación religiosa dentro del Ecuador, es una norma legal antigua de hace 80 años que produce efectos discriminatorios, por nacionalidad, y es contrario a los preceptos constitucionales, ya que en el 2008 con la Constitución de Montecristi se estableció un nuevo paradigma de garantías y derechos, que da a los extranjeros que se encuentren en territorio nacional los mismos derechos y obligaciones que los ecuatorianos”. Por

último, menciona que “*por todo lo expuesto y en virtud que la expresión ‘no podrá ser ejercida sino por ecuatorianos’, la cual es parte del artículo 2 de la Ley de Cultos, es contraria con los preceptos constitucionales invocados, me Allano a la demanda*”.

### **Procuraduría General del Estado**

8. En cuanto a la Procuraduría General del Estado, esta ha dicho que “[e]n consideración a que las disposiciones normativas que son objeto de la acción pública de inconstitucionalidad datan de hace varias décadas, es decir, con demasiada antelación a la vigencia de la Constitución del año 2008, no responden a la realidad jurídica actual, ni a un Estado constitucional de derechos, en especial a una Constitución garantista que promueve la igualdad de los derechos no solo de ecuatorianas y ecuatorianos sino de extranjeros que se encuentren en territorio ecuatoriano, conforme lo establece el artículo 9 de la Norma Suprema”; indicando que “*por lo expuesto, corresponde al Pleno de la Corte Constitucional resolver conforme a derecho*”.

### **III. Competencia**

9. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 436 numerales 2, 3 y 4 de la Constitución de la República – CRE-; artículos 75, 76 y 135 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucionales -LOGJCC- y en el artículo 77 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional -CRSCC-.

### **IV. Acto normativo impugnado**

10. Conforme se identifica del tercer acápite del libelo de demanda de los accionantes, el objeto de estudio de la presente causa recae sobre “*el artículo 2 de la Ley de Cultos (LC) y el artículo 3, número 2 del Reglamento de Cultos Religiosos (RCR)*”.
11. En lo que refiere al artículo 2 de la Ley de Cultos – en adelante “LC”-, señala que la incompatibilidad normativa reside en la frase: “*no podrá ser ejercida sino por ecuatorianos*”; mientras que en el numeral 2 del artículo 3 del Reglamento de Cultos Religiosos -RCR-, en la parte que dispone: “*que deba ser de nacionalidad ecuatoriana*”.



**LC.-** Art. 2.- *La representación legal de que habla el artículo anterior no podrá ser ejercida sino por ecuatorianos, con las facultades suficientes para representar a las entidades referidas, en juicio y fuera de él, en cuántos casos fuere menester. El Organismo administrativo, lo propio que el representante legal, tendrá necesariamente su domicilio en el Ecuador.*

**RCR. -** Art. 3.- *Para expedir el Acuerdo, el Ministro Secretario de Estado de Gobierno, Policía, Justicia, Cultos y Municipalidades deberá previamente comprobar: (...) 2. Que se determina el representante legal, que debe ser de nacionalidad ecuatoriana y domiciliado en el Ecuador, (...).*

**[Énfasis añadido]**

## **V. Análisis del caso**

### **Determinación del problema jurídico**

12. El artículo 79.5.b. de la LOGJCC, determina que en las acciones públicas de inconstitucionalidad los accionantes están compelidos a cumplir con cierta carga argumentativa, esto, en tanto que dispone que las demandas de inconstitucionalidad contengan: *“Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa”*.
13. Así pues, con base en las razones expuestas, dado que los accionantes han hecho referencia a la presunta contravención de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libre asociación, a la identidad, y a la seguridad jurídica; respecto a este último derecho, el accionante no ha cumplido con el ofrecimiento de un argumento claro y completo respecto al cargo de una eventual incompatibilidad normativa, toda vez que la exposición efectuada por los accionantes sobre este punto, se agota principalmente en explicaciones conceptuales del contenido del derecho a la seguridad jurídica, por tanto este Organismo no encuentra un fundamento a partir del cual es posible cuestionar la presunción de constitucionalidad (Art. 76.2 LOGJCC) de que goza la norma impugnada con relación a este derecho.<sup>4</sup>
14. Por consiguiente, la Corte Constitucional analizará exclusivamente la presunta contravención de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libre asociación, y a la identidad.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. 47-15-IN/21, párr. 27-28.

## Control material

Derecho a la igualdad y no discriminación (art. 11.2 y 66.4 CRE)

15. La Corte Constitucional ha establecido que, para verificar si existe una violación al derecho a la igualdad y no discriminación, debe realizarse un examen a partir de los elementos establecidos en el artículo 11.2 de la CRE. Esto es, se debe establecer (1) la comparabilidad o los grupos comparables de sujetos o titulares de derechos, (2) la categoría diferenciadora o protegida y (3) la verificación del resultado de la diferencia<sup>5</sup>. De tal modo que, la diferencia será justificada cuando es objetiva y razonable, y es discriminatoria, cuando anula o disminuye el contenido de los derechos sin contar con proporcionalidad.
16. En relación a la comparabilidad (1), es importante señalar que cuando se realiza una comparación entre grupos o sujetos, es posible la presencia tanto de semejanzas y diferencias al mismo tiempo, esto implica que debe realizarse *“un análisis más detallado para determinar la relevancia de cada una en relación con la situación concreta. De lo contrario, (...) se corre el riesgo de que se descarte de plano el análisis de razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado, bajo la idea de que los supuestos de hechos no son análogos”*<sup>6</sup>.
17. (1) **Comparabilidad:** Las normas impugnadas contienen un carácter jurídico dual, a saber, de permisión/prohibición; en el sentido de que permite que las personas con nacionalidad ecuatoriana puedan fungir como representantes legales de cultos religiosos, mientras que sustrae de esta posibilidad a los extranjeros, prohibiendo que los mismos puedan ejercer dicho cargo y sus funciones inherentes.
18. Así, el elemento de comparabilidad, en el caso *in examine* se traza con miramiento a dos criterios: (i) **derecho o función** cuyo acceso se prohíbe o se permite, y (ii) **variable diferenciadora**; de tal modo, que se obtiene dos grupos plenamente diferenciados, a saber, el de los nacionales o aquellos que pueden ejercer la representación legal de un culto; y el de los extranjeros o aquellos que no tienen derecho a ejercer la representación legal de un culto religioso.
19. (2) **Categoría diferenciadora:** En relación con el segundo elemento, la Corte Constitucional ha señalado que este se encuentra dirigido a la constatación de un trato diferenciado ejecutado con base en una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2. de la CRE,

---

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, sentencia No. 6-17-CN del 18 de junio de 2019.

<sup>6</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario. Segunda Edición. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019. Pág. 719.

que son categorías protegidas y que cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas.<sup>7</sup>

20. En el caso *sub iudice* se advierte que la distinción ha operado con miramientos en la nacionalidad de las personas, la cual constituye una categoría sospechosa<sup>8</sup> de conformidad con el antedicho artículo 11.2. de la CRE, y está recogida bajo las nociones de “*lugar de nacimiento*” y “*condición migratoria*”. En esta línea, sobre las distinciones que hacen los Estados en sus leyes entre sus nacionales y extranjeros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante “Corte IDH” – ha sancionado:

*“Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad<sup>9</sup> como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.”<sup>10</sup>*

[Énfasis agregado]

21. (3) **Efectos del resultado:** Con relación a la verificación del resultado, como se dijo, la diferencia es justificada cuando es objetiva y razonable, y es discriminatoria, cuando anula o disminuye el contenido de los derechos sin contar con proporcionalidad.

22. Acerca de este punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con relación a las distinciones entre nacionales y extranjeros, sostuvo:

*“223. (...) Si bien los estándares internacionales de derechos humanos admiten que pueden existir diferencias legítimas en el tratamiento entre ciudadanos y no ciudadanos con fines limitados como la entrada en las fronteras o la concesión de nacionalidad, o para propósitos de residencia o voto, estos estándares no reconocen ni permiten distinciones en el respeto de otros derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la vida,*

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. 11-18-CN/19, párr.82.

<sup>8</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencias No. 159-11-JH/19 y 335-13-JP/20.

<sup>9</sup> Esta situación de vulnerabilidad se agrava aún más para aquellos extranjeros en condiciones migratorias

“no regularizadas”.

<sup>10</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 120.

*a la integridad personal, a la igual protección ante la ley y al debido proceso”.*<sup>11</sup>

[Énfasis agregado]

23. En este punto, la Corte reitera que toda diferenciación que se trace con fundamento en la nacionalidad o el lugar del nacimiento de las personas, debe superar un alto escrutinio que justifique suficientemente tal diferenciación; es decir, los estándares de protección de derechos humanos permiten la existencia de estas diferenciaciones para casos limitados y justificados como la entrada en las fronteras o la concesión de nacionalidad, o para propósitos de residencia o voto.
24. Por lo expuesto, en aplicación del artículo 3.2 de la LOGJCC<sup>12</sup>, corresponde realizar un test de proporcionalidad para dilucidar si las disposiciones de las normas impugnadas se tratan de una distinción legítima del derecho o si, por el contrario, se trata de una restricción injustificada del mismo. Para ello, se verifica si la regulación bajo análisis: (i) persiga un fin constitucionalmente válido; y, (ii) sea (1) idónea, (2) necesaria y (3) proporcional con relación a dicho fin.
25. En relación al fin constitucionalmente válido (i), esta Corte observa que la medida de prohibir que extranjeros ejerzan la representación legal de cultos religiosos no envuelve ninguna finalidad con revestimiento constitucional, y más bien contraría a una serie de principios, valores y derechos constitucionales, entre los que vale destacar aquellos que están dirigidos a proteger la igualdad de derechos y obligaciones entre nacionales y extranjeros,<sup>13</sup> y aquellos otros, que protegen la autodeterminación religiosa de las personas y cultos.
26. De manera especial, este tipo de distinciones que restringen derechos de libertad para las personas extranjeras, son un claro obstáculo en el proceso de consecución de un ambiente de convivencia pacífica entre las personas de distintos pueblos dentro del Estado Ecuatoriano, libre de racismo, xenofobia y toda forma de discriminación, conforme lo propone el artículo

---

<sup>11</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Hacia el cierre de Guantánamo. OEA/Ser. L/V/II.

Doc. 20/15. 3 junio 2015.

<sup>12</sup> LOGJCC, Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional. - 2. Principio de proporcionalidad. - Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. <sup>13</sup> CRE, Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.

416. 5 de la CRE;<sup>13</sup> así como, en el desarrollo y tutela de un ambiente de pluralidad religiosa, tal como lo propugna el artículo 66.8. de la CRE<sup>14</sup>.

27. En este sentido, dado que se advierte que la distinción impuesta por las normas impugnadas, limitan de manera injustificada los derechos de las personas extranjeras en lo concerniente a su participación religiosa, y que las propias accionadas lo han entendido como tal al allanarse a la acción propuesta, la Corte Constitucional concluye que el resultado de la diferenciación contenido en dichas normas es injustificado y discriminatorio. Al no existir un fin constitucionalmente válido, no es necesario, continuar con el análisis de idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto, y se concluye que se ha contravenido el derecho a la igualdad reconocido en la CRE (Art. 11.2 y 66.4 CRE).

### **Derecho a la libre asociación (art. 66.13 CRE)**

28. El derecho a la libertad religiosa o de culto se encuentra íntimamente relacionado con el principio de asociación, toda vez que, de manera interdependiente con este último, protegen el derecho a practicar manifestaciones religiosas de forma colectiva. En lo que a esto refiere, la CRE en el artículo 66.8 reconoce: ***“[e]l derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos”.*** [Énfasis agregado]
29. En este sentido, se observa que la CRE protege tanto las prácticas, creencias y manifestaciones religiosas que se realizan de (i) forma individual como aquellas que se ejecutan de (ii) manera colectiva, siendo este último aspecto el que se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la libertad de asociación.
30. Por su parte, el contenido del derecho a la libertad de asociación no se agota en la protección de la yuxtaposición, reunión o confluencia (física o virtual) de personas, es decir, no se limita a garantizar la posibilidad material de que varias personas puedan ocupar un mismo espacio físico o virtual sin la injerencia injustificada del Estado; sino, que especialmente protege, las dimensiones comunicacionales, estructurales y auto determinativas de las diferentes formas de reunión u organización de las personas, o en otras palabras, tutela el derecho a las personas de decidir los fines, las formas y

---

<sup>13</sup> CRE, Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y, en consecuencia: (...) 6. Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur.

<sup>14</sup> CRE, Art. 66.8.- (...) El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia.

las reglas bajo las cuales se organizarán, lo que incluye el derecho a organizar directivas, estatutos reglamentos, atribución de competencias y responsabilidades de sus miembros y autoridades, entre otros. De esta forma, las congregaciones religiosas configuran una forma real de organización social, que, como tal, gozan de protección sus procesos de autodeterminación a la luz del artículo 96 de la CRE:

*“Art. 96.- Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación (...)”.*

31. En esta línea, en el plano religioso, la libertad de asociación les reconoce a las personas el derecho de elegir libremente las creencias y prácticas religiosas que compartirán y expresarán de forma colectiva, así como, la forma de organización de sus cultos religiosos, lo que incluye la libertad para elegir sus directivas y representantes. Asimismo, en un plano individual, la libertad religiosa les reconoce a las personas el derecho a acceder a los órganos de representación de la asociación y participar de los diferentes oficios o servicios de su culto.
32. Por consiguiente, la limitación contenida en las normas impugnadas, conforme con las cuales se prohíbe injustificadamente a los cultos religiosos elegir representantes legales extranjeros, configura un claro ejemplo de atentado en contra de la libertad de asociación, particularmente en lo que concierne a la potestad auto determinativa y auto organizativa.
33. En efecto, tomando en consideración de que la mayoría de las religiones practicadas en el Ecuador tienen un origen extranjero, como las religiones de raíces abrahámicas (cristianismo, judaísmo, islam, etc.) originarias de Oriente próximo y medio, las cuales alcanzan a más de un 93,66% de la población;<sup>15</sup> y las mismas que en su diferentes ramificaciones han incluido progresivamente rasgos culturales<sup>16</sup> de otros países, ya sean europeos (catolicismo romano, protestantismo europeo, etc.), norteamericanos (mormonismo, Testigos de Jehová, etc.), u otros; muestran el inherente pluralismo que envuelven a las prácticas religiosas, lo queda deja en evidencia que las limitaciones o restricciones efectuadas con base en la nacionalidad de los miembros y representantes de un culto religioso carecen de justificativo, y más bien traducen

---

<sup>15</sup> Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2012) Primeras estadísticas oficiales sobre filiación religiosa en el Ecuador ¿Cuál es su religión actual?, pág. 14.

<sup>16</sup> Entre estos rasgos culturales se pueden enunciar las lenguas oficiales para el culto; las manifestaciones artísticas de pintura, arquitectura, danza y música; los modos de transmisión de las enseñanzas religiosas, entre otros.

un obstáculo para el diálogo interreligioso y, bajo ciertas circunstancias, pueden ser un incentivo para la intolerancia hacia extranjeros.

34. No obstante, la Corte considera necesario destacar que la protección de este ambiente de pluralismo religioso también protege a las diversas formas de religiosidad y espiritualidad presentes en las diversas comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador, y a las expresiones no teístas y ateístas, lo cual además contribuye a la construcción de un Estado intercultural y plurinacional. En este sentido, este Organismo recuerda que de conformidad con la Observación General No.22 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

*“El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas, o las que representan a minorías religiosas que puedan ser objeto de la hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante”.<sup>17</sup>*

35. Por todo lo dicho, las prohibiciones contenidas en las normas impugnadas, según las cuales no pueden ser representantes legales de cultos religiosos en el Ecuador, personas extranjeras, configuran una clara contravención a la libertad de asociación en su relación de interdependencia con la libertad religiosa.

### **Derecho a la identidad (art. 66.28 CRE)**

36. El artículo 66.28 de la CRE reconoce el “**derecho a la identidad personal y colectiva**, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales,

---

<sup>17</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), párr. 2.

*culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales*”. [Énfasis agregado]

37. En el presente caso, los accionantes sostienen que las normas impugnadas vulnerarían el derecho a la identidad, en la medida en que forzaría que las personas extranjeras que deseen ser representantes legales de una organización religiosa o culto adopten la nacionalidad ecuatoriana.
38. Para empezar, en su relación con la religión, la identidad involucra tanto una dimensión individual como una dimensión cultural. En efecto, las creencias y prácticas religiosas configuran un elemento del patrimonio cultural de las personas y de los pueblos, lo cual se manifiesta por medio del sistema de normas generales de conducta que los miembros de un culto respetan y obedecen, ya sea porque las consideran mandatos de su divinidad o, ya sea, porque las califican como reglas éticas para la convivencia con los otros.
39. Dichas reglas de conductas, abarcan y comprenden aspectos variados de la proyección social e individual del ser humano, a saber, la vestimenta, el descanso, la fiesta, la alimentación, el arte, la relación con la naturaleza, etc., y, por tanto, son una forma de manifestación de su identidad cultural. En este sentido, este Organismo recuerda que de conformidad con la Observación General No. 22 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

*“La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto. La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo.”*<sup>18</sup>

40. En lo que concierne a la esfera individual, la relación entre identidad y religión se percata no solo en las antedichas reglas generales de conductas, sino en el rol que asume cada persona de manera individual dentro de un culto, particularmente con relación a los distintos oficios, servicios y ministerios que pueden llegar a cumplir dentro de la organización religiosa.

---

<sup>18</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), párr.4.



41. Con esto, la asunción por parte de una persona de ciertos roles dentro de los cultos religiosos, puede conllevar a la sujeción de ciertas reglas específicas, adicionales o diferentes a las que sigue el resto de la comunidad religiosa; las cuales les otorgan algunas facultades y deberes particulares, tales como, el deber de instruir a la comunidad en los dogmas religiosos y espirituales, el deber de dirigir las oraciones y/o sacramentos, el deber de cuidar y administrar sitios sagrados, la obediencia de votos, etc. Este conjunto de reglas específicas de conductas seguidas por personas que cumplen oficios, servicios y ministerios particulares dentro de su culto, forman parte de la identidad individual de estas personas y son una expresión de su autodeterminación.
42. Sobre este punto, la Corte Constitucional considera que, en los cultos religiosos, a diferencia de lo que sucede con otras organizaciones civiles, las personas que ejercen la representación legal, generalmente cumplen también funciones específicas de naturaleza religiosa, como oficios, servicios o ministerios religiosos. En este sentido, el que se les impida a los extranjeros acceder a estos cargos, traduce una obstaculización injustificada para que aquellos puedan ejercer, por lo menos formalmente, las funciones religiosas vinculadas a dichos puestos, como la dirección del culto o la administración de la organización; y, por consiguiente, configuran una lesión del derecho a la identidad religiosa de las personas; en cuanto impiden a las personas a ejercer su derecho de participar en ciertos roles de la comunidad religiosa, y asumir las reglas de conductas específicas inherentes a dicho rol.
43. Finalmente, la Corte Constitucional recuerda que, si bien la CRE de manera excepcional admite que para el ejercicio de ciertos derechos se demande como requisito previo, la titularidad de la nacionalidad ecuatoriana, como en el caso de algunos derechos de participación, la regla general es que no pueda condicionarse el goce y la titularidad de un derecho a la nacionalidad del individuo, especialmente en los derechos de libertad, teniendo en cuenta que la CRE en su artículo 9 determina: *“Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.”*. Puesto que, a diferencia de lo que se persigue con las limitaciones legales y constitucionales establecidas para ciertos derechos de participación, en el caso de la libertad religiosa y la libertad asociativa, la nacionalidad de las personas no está precautelando ningún elemento de la organización política estatal y/o de conservación de voluntad democrática del pueblo ecuatoriano en lo concerniente a su gobierno y auto organización.

### **Efectos del fallo**

44. El artículo 76 de la LOGJCC, establece que la Corte debe procurar en lo posible la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico agotando todas las interpretaciones que permitan la vigencia de la norma en

el ordenamiento jurídico; asimismo, dicho artículo determina que, cuando una parte de una disposición jurídica la torne en su integridad inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada.

45. En atención al párrafo precedente, y dado que la Corte Constitucional reconoce que la incompatibilidad constitucional del artículo 2 de la Ley de Cultos y del artículo 3.2. del Reglamento de Cultos Religiosos, se reducen a las disposiciones que versan sobre la prohibición de extranjeros de ejercer la representación legal de cultos religiosos, la Corte Constitucional estima que es suficiente suprimir y sustituir dichas partes del articulado impugnado para conservar su integridad constitucional, y en consecuencia determina que la configuración de los artículos precitados, en adelante, obedecerá al siguiente texto:

***Ley de Cultos.- Art. 2.-** La representación legal de que habla el artículo anterior no podrá ser ejercida sino por **personas** con las facultades suficientes para representar a las entidades referidas, en juicio y fuera de él, en cuántos casos fuere menester. El Organismo administrativo, lo propio que el representante legal, tendrá necesariamente su domicilio en el Ecuador.*

***Reglamento de cultos Religiosos. - Art. 3.-** Para expedir el Acuerdo, el Ministro Secretario de Estado de Gobierno, Policía, Justicia, Cultos y Municipalidades deberá previamente comprobar: (...) 2. Que se determina el representante legal, **el cual deberá estar** domiciliado en el Ecuador, (...).*

## **VI. Decisión**

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad **No. 48-16-IN**.

2. Declarar la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 2 de la Ley de Cultos y del artículo 3, numeral 2 del Reglamento de Cultos Religiosos, por ser incompatibles los derechos a la igualdad y no discriminación, a la identidad y a la libre asociación.
3. Las disposiciones jurídicas cuya inconstitucionalidad sustitutiva se ha declarado, deberán quedar configuradas de conformidad con el siguiente texto:

***Ley de Cultos. - Art. 2.- La representación legal de que habla el artículo anterior no podrá ser ejercida sino por **personas** con las facultades suficientes para representar a las entidades referidas, en juicio y fuera de él, en cuántos casos fuere menester. El Organismo administrativo, lo propio que el representante legal, tendrá necesariamente su domicilio en el Ecuador.***

***Reglamento de cultos religiosos. - Art. 3.- Para expedir el Acuerdo, el Ministro Secretario de Estado de Gobierno, Policía, Justicia, Cultos y Municipalidades deberá previamente comprobar: (...) 2. Que se determina el representante legal, **el cual deberá estar** domiciliado en el Ecuador, (...).***

4. La presente sentencia tiene efectos para lo venidero, y, por tanto, ninguna autoridad pública podrá aplicar las normas impugnadas desde que la presente sentencia sea publicada.
5. Notifíquese, publíquese y archívese.

**Dr. Hernán Salgado Pesantes**  
**PRESIDENTE**

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con ocho votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet (voto concurrente), Alí Lozada Prado,

Teresa Nuques Martínez y Daniela Salazar Marín; y, un voto salvado del Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 09 de junio de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**

**SENTENCIA No. 48-16-IN/21**

**VOTO CONCURRENTE**

**Juez Constitucional Enrique Herrería Bonnet**

### **1. Antecedentes**

1. El Pleno de la Corte Constitucional, en sesión del 9 de junio de 2021, aprobó la sentencia N°. 48-16-IN/21, misma que analizó la acción de inconstitucionalidad presentada por los señores Jin Ho Lee y Segundo Manuel Coles Paguay.
2. Coincidiendo con la decisión contenida en la sentencia referida, sin embargo, presento el siguiente voto a fin de formular ciertas precisiones con respecto a las categorías sospechosas y al escrutinio riguroso por el que se debe someter una presunta discriminación basada en ellas.

### **2. Análisis**

#### **2.1. Sobre las categorías sospechosas**

3. La sentencia considera que “[las categorías protegidas] *cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas*”. Así, en esta sentencia se reitera la línea jurisprudencial de la Corte que trata a estas categorías como sinónimas.
4. La noción de categoría sospechosa fue introducida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por primera vez, en la sentencia N°. 080-13-SEP-CC, en los siguientes términos:

*categorías sospechosas para esta Corte Constitucional son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado*

históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, **se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República.**; Los tratos “diferenciados” cuando están de por medio categorías sospechosas que contribuyen a perpetuar la inferioridad y la exclusión de determinados grupos (mujeres embarazadas, niños, adolescentes, personas portadoras de VIH, personas enfermas de SIDA u otra enfermedad catastrófica, personas con discapacidad, indígenas, afro ecuatorianos, etc.) se presume su inconstitucionalidad a menos que se demuestre lo contrario mediante razones válidas y suficientes.; Para identificarlos de alguna manera, es necesario tener presente que i) aparecen incluidos como categorías prohibidas en el texto constitucional (artículo 11 numeral 2 CR); ii) restringen derechos constitucionales; y que, iii) 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.; (...) En tal virtud, quien acude a estas categorías o factores sospechosos para establecer diferencias en el trato, se presume que ha incurrido en una conducta arbitraria. Si la Constitución ha previsto el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (artículo 66 numeral 4 de la CR), resulta difícil pensar que una actividad, sea laboral, política, académica o de otro tipo, pueda estar condicionada por el sexo, la edad, la nacionalidad, mucho menos por una enfermedad, dada la condición y las consecuencias propias que ello implica.; Derecho a la igualdad.; En lo que se refiere al principio a la igualdad y no discriminación, a pesar de la indeterminación normativa de la que se puede desprender del mismo, como un principio de rango constitucional y como derecho también, según nuestra Carta Magna (artículos 11 numeral 2 y 66 numeral 4), no siempre es fácil decidir cómo debe ser este interpretado y aplicado. Una primera posibilidad es considerarlo como un enunciado según el cual los seres humanos son siempre iguales sin diferencias; no obstante, esta interpretación es poco efectiva y nada atractiva ya que esta descripción resulta obviamente falsa. Una segunda interpretación es considerarlo como un enunciado según el cual los seres humanos diferentes deben ser tratados de forma diferente atendiendo a las circunstancias. Así, los enfermos necesitan de una atención médica que no requieren los sanos, las personas con ínfimos recursos económicos necesitan medios de subsistencia que para las personas con recursos económicos son superfluos, los grupos denominados en

*nuestra Constitución de atención prioritaria merecen precisamente por parte del Estado una atención prioritaria que no requieren las personas que no se encuentran en esas condiciones.; Las diferentes cortes y tribunales a nivel mundial han desarrollado criterios y razonamientos para aplicar de manera correcta y efectiva el principio de igualdad constitucional y no discriminación. Unas que ven en el principio de proporcionalidad o test de razonabilidad una medida idónea de argumentación y justificación; y otros que con diferentes matices, fundan su criterio en los denominados tipos de escrutinio, empezando por un escrutinio débil según el cual, para que un acto sea declarado constitucional basta que el trato diferente sea adecuado para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico constitucional; pasando por un escrutinio intermedio, en donde las diferencias adoptadas no buscan discriminar sino favorecer, —es lo que se ha denominado afirmativa action—; y un escrutinio estricto que se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos, según el cual, un trato diferenciado es justificado únicamente para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario. De lo cual podemos concluir que el trato diferenciado que se ha definido como categorías sospechosas necesariamente implica un mayor esfuerzo por determinar si el trato es o no discriminatorio<sup>19</sup>. (énfasis añadido).*

5. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“**Corte IDH**”), al referirse a la idea de distintos niveles de escrutinio, señaló que existen: uno débil y otro estricto:

*los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías,*

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 0445-11-EP, sentencia N°. 080-13-SEP-CC de 9 de octubre de 2013 (caso 0445-11-EP), págs. 15 y 16. Para observar el tratamiento inicial que la figura de “categorías sospechosas” recibió por la Corte Constitucional véase también el caso N°. 0435-11-EP, sentencia N°. 058-14-SEP-CC de 2 de abril de 2014 (caso 0435-11-EP), págs. 15 y 16: “Precisamente, dicha razón para que se efectúe la discriminación se halla enumerada en el artículo 11 numeral 2, entre las denominadas “categorías sospechosas”. Estas constituyen criterios utilizados para establecer una diferencia constitucionalmente injustificable, o cuya justificación es tan débil que no soporta un análisis sobre su razonabilidad o proporcionalidad. La presencia de una categoría sospechosa, implica el traslado de la carga argumentativa y probatoria sobre la constitucionalidad de las razones para la distinción al ente demandado”.

*la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma<sup>20</sup>.*

6. Tomando en cuenta que la figura de “categorías sospechosas” surge del derecho a la igualdad, es imprescindible realizar ciertas puntualizaciones al respecto. Se ha entendido que la igualdad ante la ley constituye un principio *erga omnes* y de *ius cogens*<sup>21</sup>, el cual se encuentra contemplado en el artículo 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador (“CRE”) al establecer que: “*Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades*”.
7. Así el derecho a la igualdad implica, por un lado, la presunción de que todos los sujetos que se encuentran en la misma situación recibirán un trato idéntico<sup>4</sup>; y, por otro, la prohibición de trato arbitrario y discriminación<sup>22</sup>, que se encuentra dividida en: (i) categorías protegidas; y, (ii) categorías sospechosas.

<sup>20</sup> Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 241. Asimismo, la Corte IDH, en el *Caso Duque vs. Colombia*, sentencia de 26 de febrero de 2016, párr. 106 a 107, estableció que: “*la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, este Tribunal estableció que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.; En el presente caso, el Estado no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa finalidad.*”.

<sup>21</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 1894-10-JP/20 de 04 de marzo de 2020, párr. 36.

<sup>4</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 7-11-IA/19 de 28 de octubre de 2019, párr. 18. En otro orden de ideas, dentro de la CRE se reconoce la dimensión material del derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 66, numeral 4 de la CRE. Por medio de esta dimensión, se espera que “*los sujetos que se encuentren en condiciones diferentes, requieren un trato distinto que permita equiparar el goce y ejercicio de sus derechos a personas que se encuentran en situaciones distintas*”.

<sup>22</sup> Dentro del marco jurídico ecuatoriano, la prohibición de discriminación se encuentra contemplada en el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, específicamente al prescribir que: “*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*

8. De tal modo, los niveles de escrutinio se fundamentan en las distintas dimensiones que abarca el derecho a la igualdad: bajo, cuando se atenta contra la igualdad formal; medio<sup>23</sup>, cuando se diferencia a partir de categorías protegidas; y, estricto, cuando la distinción se basa en categorías sospechosas<sup>24</sup>.
9. En virtud de tales consideraciones, es indispensable diferenciar los conceptos de categorías protegidas y categorías sospechosas. A modo de ejemplo, el artículo 11, número 2 de la CRE considera a la categoría “edad” como un grupo protegido. No obstante, en el ordenamiento jurídico se encuentran varias distinciones que se realizan con base a la edad<sup>25</sup>: para contraer matrimonio, para que exista consentimiento sexual, para la contratación laboral, para la configuración de responsabilidad penal, incluso para gozar ciertos beneficios<sup>26</sup>.
10. De tal forma, afirmar que una distinción con base en una categoría protegida, necesariamente, deviene en sospechosa, supondría que todas las diferencias referidas en el párrafo anterior sean analizadas bajo el más riguroso escrutinio, lo cual indefectiblemente implicaría declarar su inconstitucionalidad.

## 2.2. Sobre las categorías sospechosas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

11. En múltiples sentencias, la Corte Constitucional se ha referido a las categorías sospechosas considerando tan solo el segundo elemento para configurar el trato discriminatorio: la constatación de una diferencia a partir de cualquiera de las categorías enunciadas en el artículo 11.2 de la CRE<sup>27</sup><sup>28</sup>. Así, la línea jurisprudencial ha sostenido que todos los tratos diferenciados que parten de

---

*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”, contemplando las referidas categorías protegidas.*

<sup>23</sup> Este supone la existencia de una justificación razonable para realizar una diferenciación.

<sup>24</sup> Debe entenderse como tal cuando exista un patrón histórico de discriminación por el que existan estructural y sistemáticamente prácticas discriminatorias frente a una categoría.

<sup>25</sup> Al respecto, la Corte IDH ha establecido que: “*Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio*”. Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.

<sup>26</sup> P. ej. Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores. Registro Oficial Suplemento 484 de 9 de mayo de 2019, artículos 13 y 14.

<sup>27</sup> *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 159-11-JH/19 de 26 de noviembre de 2019, párr.

<sup>28</sup> .



uno de los criterios mencionados se presumirían arbitrarios o inconstitucionales, y para su análisis se requeriría un escrutinio estricto.<sup>29</sup>

12. En tal sentido, es indispensable precisar que, si bien la norma constitucional recoge categorías por las que, en principio, nadie podría ser discriminado, ello no implica que todas estas cualidades gocen del mismo nivel de protección.
13. Al respecto, la sentencia considera que: “(...) *se advierte que la distinción ha operado con miramientos en la nacionalidad de las personas, la cual constituye una categoría sospechosa de conformidad con el antedicho artículo 11.2. de la CRE*”.
14. Coincido en que una distinción basada en la nacionalidad, o cualquiera de las otras cualidades protegidas, puede convertirse en sospechosa. Sin embargo, no es posible considerar, automáticamente, que todos los grupos mencionados en el artículo 11.2 de la CRE corresponden a categorías sospechosas.
15. La consecuencia de ello, sería vaciar de contenido la protección que busca una categoría sospechosa. Utilizar el mismo estándar para todas las diferencias del extenso catálogo reconocido en la Constitución, generaría una pérdida de relevancia del escrutinio estricto, el cual busca una mayor protección a favor de grupos que han sido histórica, sistemática y estructuralmente excluidos.
16. Cabe advertir que todas las categorías contenidas en el artículo 11, numeral 2 de la CRE, son protegidas; no obstante, varias de éstas distan de ser sospechosas. Considerar que todas las categorías del artículo *ibidem* devienen en sospechosas, aunque daría la impresión de ser más garantista, desnaturizaría la inversión de la carga probatoria y la necesidad de analizar que el trato diferenciado persiga un fin constitucionalmente imperioso.
17. Es necesario recordar que una diferenciación no implica, *per se*, una discriminación. No obstante, cuando la sola existencia de una diferencia se funda en una “categoría sospechosa”, ésta se presume inconstitucional y depende de la institución demandada demostrar lo contrario; lo cual no ocurre con cualquier otra categoría protegida.
18. En consecuencia, si bien todas las categorías del susodicho artículo deben gozar de protección, esto no implica que todas deban ser estudiadas a la luz de los mismos estándares de protección. Por ejemplo, la aplicación de “categoría sospechosa” y, en consecuencia, el riguroso análisis que la acompaña, es un estudio excepcional y para grupos específicos.

---

<sup>29</sup> *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 0445-11-EP, sentencia N°. 080-13-SEP-CC de 9 de octubre de 2013 (caso 0445-11-EP), pág. 21. Y, por otro lado, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 3-19-JP/20 y acumulados de 05 de agosto de 2020, párr. 72.

19. Bajos estas consideraciones, es necesario seguir desarrollando la jurisprudencia de esta Corte con el fin de evitar confusiones en el uso de figuras e instituciones que buscan salvaguardar de manera más efectiva, integral y estricta los derechos de las personas. Un empleo inadecuado de éstas, en lugar de ampliar la protección, termina por diluir el fin para el que fueron desarrollados estos conceptos.

### **3. Conclusión**

20. Por las razones expuestas, coincido con la decisión de la mayoría en la declaratoria de inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 2 de la Ley de Cultos y del artículo 3, numeral 2 del Reglamento de Cultos Religiosos; no obstante, reitero la necesidad de desarrollar parámetros sobre las categorías sospechosas y su respectivo trato.

**Dr. Enrique Herrería Bonnet**  
**JUEZ CONSTITUCIONAL**

**Razón.-** Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Enrique Herrería Bonnet, en la causa 48-16-IN, fue presentado en Secretaría General el 22 de junio de 2021, mediante correo electrónico a las 23:32; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**  
**SENTENCIA No. 48-16-IN/21**

### **VOTO SALVADO**

**Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes**

1. Los señores Jin Ho Lee y Segundo Manuel Coles Paguay presentaron una demanda (año 2016) de acción pública de inconstitucionalidad, por razones de fondo, en contra del artículo 2 de la Ley de Cultos y del artículo 3, numeral 2, del Reglamento de Cultos Religiosos.

2. Este caso no fue resuelto por los anteriores miembros de la Corte y se esperó hasta la integración actual. Este hecho demuestra una irregularidad, lamentablemente muy común, en las actuaciones de los entonces jueces.
3. La demanda objeto de la presente acción es confusa, lo cual no contribuye a una adecuada decisión. En mi criterio, además de la igualdad y no discriminación, no era necesario enredarse en el concepto de nacionalidad ni cabía alegar el derecho a la libre asociación. De un análisis estricto de las normas objetadas no se desprende tal violación, peor aún la afectación del derecho a la identidad, donde de nuevo aparece la noción de nacionalidad.
4. En esta presunta inconstitucionalidad hay dos puntos básicos, a los que debemos atenernos: **1)** la Ley de Cultos se circunscribe a materia **religiosa**; y, **2)** la cuestión objetada es exclusivamente la **representación legal**. Es en este contexto, reitero, que tiene que centrarse cualquier análisis.
5. La Ley menciona, de modo específico, que la representación legal en estas cuestiones de índole religiosa se le otorga a quienes son ecuatorianos. En este caso, para determinar si hay discriminación se debe analizar si esta distinción implica una exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable; en consecuencia, corresponde analizar si va en perjuicio de los derechos humanos.
6. En mi criterio personal, la distinción de ser ecuatorianos para tener la representación legal en cuestiones religiosas es admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetiva. Como señalé, el ámbito se circunscribe particularmente a la representación legal y a cuestiones religiosas.
7. Al observar la realidad de nuestro país, vemos con beneplácito que se acepta una pluralidad religiosa; esto permite la concurrencia de autoridades de diferentes credos. Dichas autoridades que pueden no tener la nacionalidad ecuatoriana, pueden actuar libremente en el marco de la ley, pero no tendrían la representación legal. La distinción es concreta y objetiva, tiene que ver con una determinada actuación, por eso es razonable y proporcional.
8. Estos criterios han sido utilizados por la Corte Europea de Derechos Humanos e igualmente los ha tomado la Corte Interamericana en nuestro continente (particularmente en la Opinión Consultiva N° 18-03 “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, párr. 84, 89).
9. Por lo expresado, discrepo de la mayoría, mi voto es que no existe mérito para declarar la discriminación.

**Dr. Hernán Salgado Pesantes**  
**JUEZ CONSTITUCIONAL**

**Razón.-** Siento por tal que el voto salvado del Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes, en la causa 48-16-IN, fue presentado en Secretaría General el 16 de junio de 2021, mediante correo electrónico a las 13:35; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

**Dra. Aída García Berni**  
**SECRETARIA GENERAL**