

Personas privadas de libertad en Ecuador: ¿una categoría sospechosa inexplorada?

People deprived of liberty in Ecuador: an unexplored suspect classification?

BAIRON IVÁN ESPINOZA GUILLÉN*

Recibido / Received: 05/01/2023

Aceptado / Accepted: 16/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2875>

Citación:

Espinoza Guillén, B. “Personas privadas de libertad en Ecuador: ¿una categoría sospechosa inexplorada?”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2875>

* Universidad Carlos III de Madrid, Maestrando en Derecho Penal y Procesal Penal. Abogado por la Universidad Católica de Cuenca UCACUE, Cuenca 010101, Azuay, Ecuador. Correo electrónico: baironespinozag@gmail.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0007-7090-5656>

RESUMEN

El desarrollo doctrinal de las categorías sospechosas ha coadyuvado a que varias distinciones prohibidas de discriminación sean reconocidas con este estatus. No obstante, sobre la distinción de privación de libertad de una persona, no existe pronunciamiento alguno. Este trabajo tiene como objetivo principal, analizar desde un enfoque crítico si tal distinción merece ser reconocida como una categoría sospechosa. Para ello, se utilizó un método deductivo que profundizó los criterios jurisprudenciales de las categorías sospechosas y protegidas sobre la base de una norma *jus cogens* y una reciente medida restrictiva-diferenciadora implementada en el sistema penitenciario. El análisis concluye exponiendo que la distinción de privación de libertad no supera los estándares para este reconocimiento, pues si se le concediera esta calidad complicaría el ejercicio de libertad configurativa de la norma penal, lo que generaría un porvenir de satisfacciones normativas inconstitucionales que difícilmente vencerían el test de escrutinio estricto.

PALABRAS CLAVE

Categorías sospechosas; discriminación; personas privadas de libertad; principio de igualdad; sistema penitenciario

ABSTRACT

*The development of doctrine regarding suspect classification has contributed to the fact that several distinctions, prohibited from discrimination, are recognized with this status. However, there is no pronouncement about the distinction of deprivation of liberty of a person. The main objective of this thesis is to analyze, from a critical approach, whether such a distinction deserves to be recognized as a suspect class. For this, a deductive method was applied, which deepened the jurisprudential criteria of the suspect classification protected by a *jus cogens* norm and a recent restrictive-differentiating measure implemented in the penitentiary system. The analysis concludes by stating that the distinction of deprivation of liberty does not exceed the standards for this recognition given that if this quality or status were granted, it would complicate the exercise of configurative freedom of the criminal law norm, which in the future would generate unconstitutional normative satisfactions that would hardly overcome the strict scrutiny test.*

KEYWORDS

Suspect classification; discrimination; persons deprived of liberty; principle of equality; penitentiary system

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los presupuestos básicos de un Estado constitucional radica en que el andamiaje jurídico debe adaptarse de acuerdo con lo que promulga la Constitución. En el año 2008, Ecuador experimentó, a través de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), una nueva era para el constitucionalismo. Principalmente, porque su innovado texto constitucional reconoció un amplio catálogo de derechos que se encontraban ausentes en la carta magna que le precede. De esta forma, por ejemplo, el artículo 35 de la CRE¹ reconoció a las personas privadas de libertad (en adelante PPLs) como un grupo de atención prioritaria, aunque se centró en el reconocimiento de derechos que tienen la función exclusiva de velar por su bienestar.

Por otro lado, algunos principios y derechos constitucionales —anteriormente reconocidos— experimentaron un notorio avance en cuanto a su percepción conceptual y su proyección casuística. El principio de igualdad y su componente de no discriminación comenzaron a ser desarrollados minuciosamente gracias a la jurisprudencia, estableciendo algunas directrices que refuerzan la protección y contribuyen con el ejercicio judicial a la hora de identificar si existe o no vulneración al mencionado principio constitucional. Pese a ello, algunas instituciones del Estado no han atendido adecuadamente a dichos presupuestos constitucionales, ya que una reciente medida diferenciadora incorporada por el legislador en el Código Orgánico Integral Penal² (en adelante COIP) generó un polémico asunto dentro del sistema penitenciario.

Esta medida será un punto de análisis clave en este trabajo en virtud de que representa el camino hacia la repuesta de si la condición de privación de libertad debe ser reconocida como una categoría sospechosa y si tal reconocimiento, de forma eventual, auxiliaría a erradicar algunos yerros producto de la debacle legislativa que, en la actualidad, ha contribuido a la expansión desmesurada del derecho penal.

1 Artículo 35, Constitución de la República del Ecuador Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformado por última vez el 25 de febrero de 2021. “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad” (énfasis añadido).

2 En las reformas al COIP de fecha 24 de diciembre de 2019, el legislador decidió restringir el acceso a los regímenes semiabierto y abierto solamente para a aquellas PPLs sentenciadas por determinados delitos recogidos en los artículos 698 y 699 del texto penal.

2. BREVES MATICES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO

Evitando caer en la mera subjetividad con la que el Derecho ha concebido a la igualdad, es importante que su concepto sea abordado de manera sutil, en tanto comprende un término que parte de la idea de hacer efectivo un trato idéntico, desechando cualquier característica que ocasione una diferencia entre las personas. Esta idea conceptual resulta muy general, pues ni siquiera la CRE ha establecido un concepto de igualdad, pero sí la ha concebido como un elemento fundamental para el alcance de los objetivos establecidos en el pacto social.

A modo de ejemplo, en su artículo 9 la CRE ha sido precisa a la hora de reconocer que las personas extranjeras gozan de igualdad de derechos en relación a los nacionales.³ En tal sentido, no sería posible disminuir los derechos de los extranjeros porque esto ocasionaría la vulneración al derecho de igualdad cuando se refiere a la idea de alcanzar un trato idéntico. A pesar de aquello, algunos supuestos fácticos siempre se manifestarán, pero esto no conlleva *per se* un acto discriminatorio.

Siguiendo esta línea ejemplificativa, el artículo 70 del mismo cuerpo normativo se encuentra encaminado a garantizar la igualdad de género⁴, excluyendo los modelos sociales, en los que brotaba una cantidad considerable de tratos discriminatorios que ante todo, recaían sobre la mujer.

Con lo expuesto, se denota que la igualdad va más allá de una vaga noción conceptual de trato idéntico, pues cada ámbito en el que se manifiesta procura alcanzar un objetivo en concreto que no necesariamente conlleve a un trato igualitario. Para vencer esta idea conceptual insuficiente, la doctrina se ha encargado con asiduidad de establecer definiciones concretas que faciliten la comprensión de la naturaleza y alcance de este principio a partir de dos dimensiones: igualdad formal e igualdad material. De ahí que, la Constitución de Montecristi acoja a ambas dimensiones en el marco de los derechos de libertad.⁵

Ronconi establece una definición sencilla y precisa sobre lo que se entiende por igualdad formal, proponiendo que aquella implica “una igualdad de trato ante la ley”.⁶ Por su parte, la igualdad material ha sido definida por la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE) aduciendo que corresponde a

3 Artículo 9, CRE.

4 Id., Artículo 70.

5 Artículo 66, número 4, CRE: “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

6 Liliana Ronconi, “Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, no. 49 (Octubre 2018): 105. <http://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/2515>

una igualdad que atiende a sujetos que se encuentran en condiciones distintas y necesitan un trato diferenciado para igualar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la norma suprema.⁷ Esta dimensión de la igualdad recae sobre grupos vulnerables que por su distinción —ajena a su voluntad— no pueden gozar de la plenitud de sus derechos y, por ende, es necesario equipararlas con las demás personas a fin de lograr una igualdad real.

Atendiendo a la definición de igualdad formal, cabe preguntarse: ¿somos iguales ante la ley? Según Javier Pérez Royo, no. El autor sostiene que somos iguales ante la Constitución, más no ante la ley.⁸ Este razonamiento conlleva a afirmar que las diferencias que hace la ley son permitidas mientras no contradigan la norma constitucional. En contraste, una diferenciación sobre preceptos constitucionales *a priori* sería inconstitucional hasta que se justifique lo contrario.

En resumen, el concepto de igualdad se encuentra ligado a las dimensiones que ha desarrollado la doctrina. Desde ellas se podría evidenciar un trato discriminatorio y ser declarado vulnerador de un principio constitucional. La CCE estableció una regla que condiciona a que el análisis para constatar la vulneración del principio de igualdad sea a partir de ambas dimensiones, siempre y cuando una norma jurídica establezca un trato diferente para un mismo presupuesto fáctico.⁹ Mientras esta regla no concorra, la CCE señaló que examinará si existe o no vulneración al principio de igualdad atendiendo a una sola dimensión, es decir, sobre la cual se ha identificado que recae el posible trato discriminatorio.¹⁰ Bajo este entendimiento, el concepto de igualdad, a merced de los aportes doctrinarios y jurisprudenciales, ha experimentado una transición indudablemente positiva.

2.1. TRATO DIFERENTE EN EL SISTEMA PENITENCIARIO, UNA PANACEA LEGISLATIVA

El sistema penitenciario en Ecuador no enfrenta su mejor momento. En los últimos dos años ha experimentado varios motines producto de la lucha entre organizaciones criminales que se han consolidado en el territorio. Esta situación ha generado que los problemas penitenciarios —hacinamiento, reincidencia, entre otros— no hayan sido resueltos de forma eficiente, sino por el contrario, han entorpecido el alcance de los objetivos planteados por el Estado para superar la crisis penitenciaria. La Comisión Interamericana de Derechos

7 Sentencia No. 117-13-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 11 de diciembre de 2013.

8 Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional Revisada*, rev. Manuel Carrasco Durán. 13ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2012), 255.

9 Sentencia No. 003-14-SIN-CC, caso No. 0014-13-IN y acumulados, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de septiembre de 2014.

10 Sentencia No. 117-113-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador.

Humanos (en adelante CIDH), frente a estas circunstancias, ofreció algunas recomendaciones para frenar y erradicar —en lo posible— algunos de los problemas,¹¹ sin embargo, poco resultado se ha observado.

Seguido a esto, se suma la precaria tarea del legislador, quien decidió restringir el acceso íntegro al sistema progresivo de rehabilitación social¹² a cierto grupo de PPLs. Este sistema se compone de un régimen cerrado que el COIP lo define como “el período de cumplimiento de la pena que se iniciará a partir del ingreso de la persona sentenciada a uno de los centros de privación de libertad”¹³; luego, nos encontramos con el régimen semiabierto que comprende “el proceso de rehabilitación social de la o del sentenciado que cumple con los requisitos y normas del sistema progresivo para desarrollar su actividad fuera del centro de ejecución de penas de manera controlada por el Organismo Técnico”¹⁴; finalmente, el régimen abierto constituye “el período de rehabilitación tendiente a la inclusión y reinserción social de la persona privada de libertad, en el que convive en su entorno social, supervisada por el Organismo Técnico”.¹⁵ Se observa que las tres cumplen una secuencia lógica, por tanto, si no se supera la primera fase, no es posible escalar a la siguiente.

Retomando la idea anterior, cabe indicar que esta restricción generada por el legislador, se basa en una medida normativa que recae, según los artículos 698 y 699 del COIP, solo para las PPLs que hayan recibido sentencia condenatoria por los delitos que se detallan a continuación:

Asesinato, femicidio, sicariato, delitos contra la integridad y libertad personal con resultado de muerte, robo con consecuencia de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, enriquecimiento privado no justificado, delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en alta y gran escala, terrorismo, delincuencia organizada, abigeato con resultado de muerte y graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario.¹⁶

11 Personas privadas de libertad en Ecuador 2022, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2022, OEA/Ser.L/V/II.4 de 21 febrero 2022. Destaca la CIDH que “la corrupción es uno de los problemas que enfrenta el sistema penitenciario ecuatoriano, dicho problema afecta en tres aspectos: a la primacía de la ley; a la búsqueda del bien común, y; a la independencia de las autoridades, al tener que comprometerse de forma exclusiva con intereses particulares”.

12 Para mayor detalle, Ver, artículo 696, Código Orgánico Integral Penal, R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, señala que este sistema concentra tres fases: régimen cerrado, semiabierto y abierto (énfasis añadido).

13 Id., artículo 697.

14 Id., artículo 698.

15 Id., artículo 699.

16 Id., artículos 698 y 699.

Prima facie, se aprecia un quiebre de la finalidad del sistema de rehabilitación social, en razón de su contradicción con lo que establece la CRE¹⁷, es decir, el cierre a una posible rehabilitación social como derecho inherente de todas las PPLs. Asimismo, se avizora un incremento de efectos negativos que coadyuvarían a que los problemas penitenciarios subsistan y se exterioricen hacia el resto de la población. De igual manera, es necesario puntualizar que en dicha medida se perciben otras circunstancias que denotan que el legislador no atendió a los potenciales fundamentos de una correcta aplicación de la política penal y política criminal.¹⁸ Por lo tanto, cabe plantearse dos cuestiones al respecto: ¿existe trato diferente en el sistema penitenciario en razón de la medida implementada?, ¿este trato diferente vulnera el principio de igualdad y no discriminación según los criterios jurisprudenciales?

2.2. DE TRATOS DIFERENTES A TRATOS DISCRIMINATORIOS, UNA CONVERSIÓN INDESEABLE

Llegados a este apartado, donde se tratará de brindar una respuesta a las cuestiones planteadas, es fundamental referirse, en cierta medida, a la tarea del legislador, quien a través del principio de libertad configurativa de la norma, puede adentrarse en el ordenamiento jurídico e implementar, por ejemplo, este tipo de medidas. En este sentido, la CCE delimitó el alcance —en materia penal— manifestando que:

Esta libertad configurativa se refleja en la competencia de diseñar el catálogo criminal, es decir, determinar las conductas punibles penalmente y sus consecuencias [...] pero esta libertad no es absoluta, ya que debe ejercitarse dentro del marco de los valores consagrados en la Constitución y en respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos [...].¹⁹

Según la CCE, la tarea del legislador debe estar orientada a una rigurosa atención de los preceptos constitucionales, a fin de evitar contradecir los mismos sin causa legítima. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) parte del reconocimiento esencial del principio de igualdad como norma *jus cogens*²⁰, lo cual ha provocado el efecto de que cualquier disposición contraria a una norma de este tipo sea anulada.²¹ Pese a ello, años más tarde la Corte IDH declaró responsable al Estado nicaragüense por

17 Cf., artículo 201, CRE: “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas” (énfasis añadido).

18 Ver, Felipe Rodríguez Moreno, *La expansión del Derecho Penal Simbólico* (Quito: Cevallos, 2013), 25: “[...] la política penal estudia cómo sancionar y cómo prevenir, mientras que la política criminal estudia qué prevenir y qué sancionar”.

19 Sentencia No. 6-17-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de junio de 2019, párrs. 20-22.

20 Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Se refiere a “normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional, al cual no pueden oponerse válidamente el resto de las normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados”.

21 Id.

vulnerar una norma *jus cogens* y advirtió que los Estados se encuentran en la obligación de no implementar regulaciones que carezcan de justificación objetiva, razonable y, en consecuencia, discriminatorias.²²

Sobre estas premisas, es momento de analizar la primera cuestión. Para ello es importante tomar en consideración el elemento de comparabilidad, mismo que conduce a determinar si se observa un trato discriminatorio. De hecho, la CCE, en la sentencia sobre el matrimonio igualitario, expuso tres condiciones para la constatación de un trato discriminatorio²³: deben existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones (elemento de comparabilidad); la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas en el art. 11.2 (CRE)²⁴; y la verificación del resultado por el trato diferenciado.

Así pues, la CCE, en posteriores sentencias se ha visto encaminada a identificar el elemento de comparabilidad para analizar si el trato es o no discriminatorio.²⁵ Siguiendo estos parámetros, es clara la identificación de la primera regla, ya que se aprecian dos (o más) sujetos de derechos que se encuentran en igualdad o semejantes condiciones (PPLs). En segundo orden, las PPLs sí encontrarían su espacio en el artículo 11.2 de la CRE, pero esta situación genera una interrogante: ¿cómo categoría sospechosa o solo protegida?²⁶ Y, en tercer lugar, el trato diferenciado se verifica con el simple hecho de que una persona procesada sea condenada por alguno de los delitos determinados en los artículos 698 y 699 del COIP. Trayendo a colación una comparativa jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia (en adelante CCC) determinó tres reglas a la hora de analizar el principio de igualdad:

- (1) Antes de examinar la adecuación entre normas legales y el principio de igualdad, se debe identificar dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas (carácter relacional).
- (2) Determinar si estos grupos se encuentran en situaciones iguales o desiguales (categorías sospechosas y protegidas).
- (3) Constatar si un trato distinto entre iguales o un trato igual entre desiguales es justificadamente razonable (fin constitucional).²⁷

Con estas reglas —y en comparación con las establecidas por la CCE—, se identifica el carácter relacional; las PPLs con acceso íntegro al sistema de

22 *Yatama c. Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de junio de 2005.

23 Sentencia No. 11-18-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de junio de 2019, párr. 82.

24 Artículo 11 numeral 2, CRE: “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

25 Ver, Sentencia No. 14-18-CN/20, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de enero de 2020, párr. 25 y Sentencia No. 48-14-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 05 de mayo de 2021, párr. 43.

26 Si bien todas las distinciones del artículo 11.2 de la CRE son categorías protegidas, no todas constituyen categorías sospechosas.

27 Sentencia No. C-78/14, Corte Constitucional de Colombia, 26 de marzo de 2014, párr. 9.6.

rehabilitación social y PPLs sin acceso íntegro al sistema de rehabilitación social. Segundo, la determinación de si pertenecen a tales categorías. Pertenecen, pero se mantiene la interrogante que en lo posterior será analizada con profundidad. Por último, la CCC exige una justificación razonable sobre el trato diferente; justificación que no existe para tal medida restrictiva.²⁸ Esta regla compagina con lo establecido por la Corte IDH, pues recordemos que también exige una justificación razonable sobre una norma *jus cogens* —principio de igualdad y no discriminación—.

En síntesis, siguiendo las reglas impuestas por las Cortes mencionadas, es lógico y razonable la identificación del elemento de comparabilidad, y con ello la presencia de un trato diferenciado en el sistema penitenciario. Es preciso continuar con el análisis para identificar si dicho trato diferenciado es discriminatorio.²⁹ Este examen comprende un riguroso ejercicio judicial, por lo que no es propósito de este trabajo inmiscuirse en dicha tarea. Sin embargo, es fundamental reflejar las directrices jurisprudenciales que orientan al juzgador a determinar si existe o no un trato discriminatorio y, desde una posición crítica, brindar una respuesta con argumento.

3. CATEGORÍAS SOSPECHOSAS: RAZÓN DE SER DESDE UNA PERSPECTIVA CONCEPTUAL

En los últimos años, la jurisprudencia de la CCE ha fortalecido sus reglas con relación a las categorías sospechosas. Desde el año 2013 hasta la actualidad, ha tomado mayor relevancia a la hora de examinar una vulneración al principio de igualdad. En este marco, la CCE brindó algunas pautas conceptuales sobre la doctrina de las categorías sospechosas aduciendo que:

Son criterios utilizados tanto por el Estado, como por los particulares con miras a realizar diferencias que nunca parecerían justificarse; y que en otros casos se presentan también como justificativos utilitaristas apelando a categorías como: el orden jurídico, el orden público, la moral pública, las buenas costumbres, etc. [...] Al final, puntualiza que son 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 [...].³⁰

28 Los plenos realizados por la Asamblea Nacional del Ecuador para debatir las reformas al COIP del año 2019, estuvieron orientados a la despenalización del aborto, y nada se justificó sobre la medida que restringía el acceso a los regímenes (semiabierto y abierto) de rehabilitación social a un grupo de PPLs.

29 Sentencia No. 184-18-SEP-CC, 74, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018. En este aspecto, aduce la CCE que un trato diferenciado no equivale una práctica discriminatoria.

30 Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 09 de octubre de 2013.

Por su parte, la CCC procura definir a esta institución como “un conjunto de criterios no taxativos que han sido usados históricamente para afectar el derecho a la igualdad y otros derechos”.³¹ Estos aspectos “históricos” que señala la CCC encuentran su raíz en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos (en adelante CSEU), país al que se le debe el origen y desarrollo de las categorías sospechosas. De hecho, fue la funesta época de la discriminación racial uno de los motivos principales por los que el Estado americano decidió reconocerlas y desarrollarlas en su jurisprudencia.

Desde un punto de vista doctrinal, Besson señala que las categorías sospechosas son “aquellas características personales que como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, tales como la raza, religión y el sexo, y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria”.³² De esta manera, cuando se hace alusión a una categoría sospechosa, significa que la ley está realizando una distinción de rasgos personales determinados en la CRE³³, por ende, se presume inconstitucional a menos que se justifique lo contrario a través de razones suficientes y válidas.³⁴

Con lo dicho, las categorías sospechosas comprenden una razón de ser plausible que, conforme sostiene la CCE, se encuentra encaminada a brindar una mayor protección a grupos que han sido histórica, sistemática y estructuralmente excluidos.³⁵ Esto nos lleva a reafirmar que no todas las distinciones reconocidas en el artículo 11.2 de la CRE responden a tales características para ser reconocidas como una categoría sospechosa. Por consiguiente, no serían merecedoras de una consideración tan exclusiva como la del escrutinio estricto.

3.1. NIVELES DE ESCRUTINIOS, PROCEDENCIA Y ADOPCIÓN JURISPRUDENCIAL

Se le atribuye a la CSEU la fórmula de los niveles de escrutinio, los cuales permiten que el juzgador determine la rigurosidad con la que se llevará a cabo el análisis de un —posible— trato discriminatorio. De este modo, el nivel de rigor va a depender del criterio-distinción sobre el cual recae el trato diferente. Por ejemplo, el escrutinio estricto implica el nivel de mayor rigurosidad, su aplicación estriba de manera exclusiva sobre una distinción reconocida como categoría sospechosa.

31 Sentencia No. C-586/16, Corte Constitucional de Colombia, 26 de octubre de 2016.

32 Samantha Besson, “Evolutions in Non-Discrimination Law within the ECHR and the ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe”, *The American Journal of Comparative Law* 60, no.1 (2012). Citado en José Manuel Díaz de Valdés, “Las Categorías Sospechosas en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* no. 50 (Julio 2018): 190, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512018000100189>.

33 Artículo 11.2, CRE.

34 Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 15 y ss.

35 Sentencia No. 28-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2021, párr. 148.

Desde la doctrina se han generado varias críticas a los mencionados niveles, siendo una de ellas la que señalan Baker y Strauss cuando refieren que la aplicación de un escrutinio distinto al estricto complica innecesariamente la tarea del juzgador, pues tendría la labor especial de desarrollar directrices concretas para cada nivel.³⁶ A fin de cuentas, para los autores lo que verdaderamente importa es el grado de intensidad del convencimiento, esto es, las razones que justifican al juez que un trato diferenciado no es discriminatorio. No obstante, tal crítica supondría desvirtuar la aplicación jurisprudencial de los distintos niveles de escrutinio desarrollados por las altas Cortes, siempre y cuando los criterios distintivos sobre los cuales no se permite un trato discriminatorio se encuentren debidamente reconocidos, sea como categoría sospechosa o como categoría protegida.

En esta línea, la CCE ha implementado tres niveles de escrutinio a la hora de examinar si existe o no un trato discriminatorio y, a su vez, brinda una respuesta a cuándo elegir un escrutinio determinado. Se tiene un nivel bajo cuando el trato diferenciado no se lo hace sobre una categoría sospechosa o categoría protegida; un nivel medio, cuando el trato diferenciado recae sobre una categoría protegida; y un nivel estricto, cuando el trato diferenciado reposa sobre una categoría sospechosa.³⁷ De igual forma, la CCE ha establecido parámetros para su aplicación, los cuales responden al qué analizar según el escrutinio identificado. Por ejemplo, con respecto al escrutinio bajo lo que corresponde analizar es si la medida se encuentra justificada y resulta razonable, es decir, implica la aplicación del test de mera razonabilidad.³⁸ Luego, el escrutinio de nivel medio opera, por ejemplo:

Si se analiza una diferencia que se realiza con base en la categoría sexo-hombre, la cual constituye una categoría protegida, el uso del test de proporcionalidad debe tener un menor rigor, por lo que, en el ejemplo se debe analizar si: (i) la medida adoptada persigue un fin constitucionalmente válido o legítimo; (ii) la medida es adecuada para cumplir tal fin constitucional; (iii) la medida es la menos gravosa para el ejercicio de los derechos; y (iv) la medida busca que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.³⁹

Por otro lado, el escrutinio estricto obra:

Si se analiza una diferencia que se realiza con base en la categoría sexo-mujer, la cual constituye una categoría sospechosa, se debe aplicar el test de igualdad⁴⁰ en conjunto con el test de proporcionalidad de escrutinio estricto. Es decir que, en el

36 Aaron Baker y Marcy Strauss, *Reevaluating Suspect Classifications*, citado en José Manuel Díaz de Valdés, “Las Categorías Sospechosas en el Derecho Chileno”.

37 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 147.

38 Sentencia No. 1-18-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 08 de septiembre de 2021, párr. 30.

39 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 152.

40 Ver, Sentencia No. 7-11-IA/19, párr. 31. Implica examinar: la legitimidad del objetivo del trato diferenciado, racionalidad de la causal (idoneidad), la necesidad y la proporcionalidad.

ejemplo mencionado se debe analizar si, (i) el fin de la distinción es constitucionalmente imperioso; no solo constitucionalmente legítimo o válido; además, se debe evaluar que: (ii) la medida sea perfectamente diseñada para el fin, en cuanto a su idoneidad; (iii) la medida sea la única idónea y la menos gravosa en lo referente a su necesidad; y (iv) la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional en lo alusivo a la proporcionalidad.⁴¹

En semejante posición, la CSEU brinda algunas indicaciones para que el escrutinio estricto sea aplicado con efectividad.⁴² En primer lugar, la carga probatoria la tiene el demandado.⁴³ Luego, se requiere que la medida impuesta por el legislador selle una adecuación medio-fin (constitucionalmente válido). Después, exige un criterio de necesidad para constatar que la medida sea fundamental para alcanzar el fin perseguido (idoneidad-necesidad). Finalmente, el análisis de proporcionalidad. Así, se aprecia que la CSEU plasmó los criterios que hoy en día han sido introducidos y desarrollados en la jurisprudencia latinoamericana, ya que, en su mayoría, el escrutinio estricto se encuentra sometido a un test de proporcionalidad riguroso por cuanto su origen está seditado a las distinciones reconocidas como categorías sospechosas.

Sobre estas bases, y una vez que se ha identificado —en líneas anteriores— la existencia de un trato diferenciado (elemento de comparabilidad) habría que determinar a qué nivel de escrutinio corresponde la medida restrictiva que distingue a las PPLs. *A priori*, daría la impresión de que el análisis del trato discriminatorio estaría orientado a un nivel de escrutinio bajo, por ende, solamente sería aplicable el test de mera razonabilidad. Aquello es así porque la distinción de privación de libertad de una persona no está reconocida explícitamente en el artículo 11.2 de la CRE.

Sin embargo, como se señaló en un inicio, si atendemos a lo que señala el artículo 35 de la CRE⁴⁴, encontramos que las PPLs han sido reconocidas como un grupo de atención prioritaria, lo que constituiría una categoría protegida. Por tanto, el nivel de escrutinio medio sujeto a la aplicación de un test de proporcionalidad con menor rigor⁴⁵ sería el idóneo para determinar si frente a dicho trato diferenciado existe (o no) un trato discriminatorio. Es claro descartar la aplicación de un nivel de escrutinio estricto, pues conviene aclarar

41 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 151.

42 Lucas Giardelli, Fernando Toller, y Juan Cianciardo, “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y el Sistema Interamericano de derechos humanos sobre el Derecho a la Igualdad”. Citado en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (eds.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho* (México: Marcial Pons, 2008), 318 y ss.

43 Cf., Sentencia No. 2317-2010-AA/TC, Tribunal Constitucional del Perú, 3 de septiembre de 2010, párr. 34. Será deber del demandado y no del demandante, probar que no se ha producido tal trato discriminatorio [...]. En el mismo sentido, coinciden la Corte IDH y la CCE.

44 Artículo 35, CRE.

45 Correspondería analizar si la medida adoptada persigue un fin constitucionalmente válido o legítimo; si la medida es adecuada para cumplir tal fin constitucional; si la medida es la menos gravosa para el ejercicio de los derechos; y, si la medida busca que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

que la jurisprudencia de la CCE no ha reconocido a tal distinción como una categoría sospechosa.

En tal sentido, considerando el test de proporcionalidad, es necesario atender a sus parámetros a fin de determinar si tal medida incurriría en un trato discriminatorio.⁴⁶ Para ello, habrá que responder si la medida restrictiva persigue un fin constitucionalmente válido. Antes, es importante destacar que el Estado tiene varias tareas fundamentales para con la nación, entre ellas, la de garantizar al pueblo el derecho a la seguridad, la paz y a vivir en un ambiente libre de corrupción⁴⁷, tal como lo promulga la carta magna. Otro de los deberes del Estado es el establecimiento de medidas que garanticen la protección de grupos vulnerables reconocidos por la CRE, por ejemplo, la función legislativa debería atender a los presupuestos de la política criminal y política penal para desentrañar un ejercicio de libertad configurativa —sobre la norma penal— de manera óptima y sin sobrepasar el límite que exige la CCE.

Un fin constitucionalmente válido del sistema penitenciario sería garantizar la rehabilitación integral de las PPLs, fin que no está orientado a un grupo exclusivo, sino a todas las PPLs en general. De esta manera, a partir de la medida restrictiva, es claro evidenciar que la rehabilitación integral está orientada a un grupo exclusivo de PPLs, *ergo*, para garantizar una rehabilitación social integral es fundamental garantizar el acceso pleno al sistema de rehabilitación social compuesto por tres regímenes: cerrado, semiabierto y abierto. Con lo dicho, la medida no perseguiría un fin constitucionalmente válido.

En virtud de la ausencia de este primer parámetro, no sería necesario emprender un análisis de los demás elementos⁴⁸, por lo que la medida restrictiva vulneraría el principio de igualdad y no discriminación al no superar el test de escrutinio medio. Sin embargo, como lo hizo en su momento la CCE en la sentencia del matrimonio igualitario, será importante aplicar el test en su integridad.⁴⁹ De ahí que, si se observa el segundo parámetro, se exige que la medida sea la adecuada para cumplir el fin constitucional, empero este fin no ha sido justificado y únicamente da la impresión de estar compuesto de razones fundadas en la vigencia de un derecho penal máximo que advierte con la teoría de la prevención general, negativa de la pena.⁵⁰

Además, abraza ciertos matices con objetivos utópicos y de mera satisfacción simbólica, por ejemplo, el de erradicar los delitos sobre los cuales recae la medida restrictiva y el de erradicar las preocupaciones sociales. Por ello, es

46 Este análisis no tiene el fin de entrometerse en el ejercicio estricto del juzgador, no obstante, es necesario para asentar una base orientadora que nos brinde un complemento de respuesta y resultado a la cuestión principal objeto del presente trabajo.

47 Artículo 3 numeral 8, CRE.

48 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 163.

49 Sentencia No. 11-18-CN/19, párr. 88.

50 La finalidad de esta corriente de prevención general corresponde a un efecto intimidatorio, amenazante, que coadyuve a que las personas eviten delinquir o de lo contrario tendrán un castigo (pena).

necesario adherirse a la afirmación de von Bar: “allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedian con nuevas leyes penales o agravando las que existen, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad”.⁵¹

Por otra parte, la medida debe responder a si es necesaria. Esta necesidad implica que la medida adoptada sea menos gravosa que la existente. Aquí conviene destacar que antes de la reforma, el acceso al sistema de rehabilitación social no gozaba de ninguna restricción, es decir, todas las PPLs podían acceder a él siempre que hayan cumplido con los requisitos que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Por esto, la medida actual resultaría más gravosa al afectar los derechos de un grupo determinado de PPLs que anteriormente no eran afectados. El último parámetro debe responder si la medida posee un equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. No se aprecia que el legislador haya pretendido lograr un equilibrio entre derechos y principios. De ser así, habría atendido a la naturaleza y alcance del principio de igualdad y no discriminación. Es menester recordar que sobre este principio reposa todo el ordenamiento jurídico y de él se deslindan varios derechos constitucionales que se verían vulnerados por un trato discriminatorio.

En conclusión, considerando el examen de escrutinio medio por tratarse de un trato diferenciado sobre una categoría protegida, y analizados los parámetros del test de proporcionalidad —mismos que no han sido superados— es preciso señalar que se evidencia una ausencia de justificación razonable por parte del legislador al implementar esta medida restrictiva, obteniendo como resultado la existencia de un trato discriminatorio que vulnera el principio de igualdad y no discriminación de un grupo de PPLs. Este resultado conlleva a afirmar que frente a una contradicción entre principios constitucionales y normas del COIP, no cabe discusión, pues aduce Ramiro Ávila que “prevalecen los derechos fundamentales de la Constitución y el efecto es que invalidan las normas inconstitucionales del COIP”.⁵²

3.2. ESTÁNDARES PARA RECONOCER UNA DISTINCIÓN COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA

A partir de la adopción jurisprudencial de las categorías sospechosas se han reconocido varias distinciones con este carácter. Desde luego, esto genera la impresión de que la naturaleza y alcance de una categoría sospechosa está siendo empleada e interpretada de manera errónea. Si bien el origen de ellas

51 Ludwig von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien* (Berlín: Aalen, 1992), 334. Citado en Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal – Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid: Edisofer, 2006), 1.

52 Ramiro Ávila Santamaría, *Código Orgánico Integral Penal – Hacia su mejor comprensión y aplicación*, comp. (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 22.

constituye una finalidad protectora, tal ámbito de protección requiere estar debidamente justificado para evitar que la distinción reconocida como categoría sospechosa no ocasione el declive de dicha finalidad.

La CCE ha considerado algunos factores que sirven de guía para identificar si una distinción pudiese ser reconocida como categoría sospechosa.⁵³ Primero, que el grupo sea sujeto de discriminación. Segundo, que el grupo sea desaventajado y sistemáticamente discriminado. Tercero, que el grupo haya sufrido históricamente o sufra una amplia e intensa discriminación en mayor medida. Cuarto y último factor, que la discriminación se dé por razones inmutables a la voluntad de la persona sobre la que recae una distinción, por ejemplo, haciendo alusión al caso *González Lluy c. Ecuador*⁵⁴, la Corte IDH reconoció como categoría sospechosa la distinción de una persona portadora de VIH.⁵⁵ En suma, los estándares señalados por la CCE se pueden apreciar en la afirmación que realiza Saba al sostener que “si un grupo es histórica y sistemáticamente excluido, segregado o marginalizado, estructuralmente tratado en forma desigual, y si el trato derivado del recurso a esa categoría perpetúa o profundiza su condición, entonces esa categoría será sospechosa”.⁵⁶

Conviene aclarar que la CCE, cuando introdujo a las categorías sospechosas en su jurisprudencia, denotaba algunas falencias a la hora de identificar de forma minuciosa qué distinción podía ser considerada una categoría sospechosa. Se observa tal situación en la Sentencia No. 080-13-SEP-CC, en razón de que reconoció a todas las distinciones que se encuentran en el artículo 11.2 de la Constitución con este estatus.⁵⁷ Más tarde, en la sentencia No. 11-18-CN/19, tuvo en cuenta la clasificación entre categoría sospechosa y protegida; sin embargo, lo poco que se desarrolló al respecto ocasionaba ciertos vacíos a la hora de comprender si la una dependía o no de la otra. Asimismo, la CCE aparenta pretender alejarse del reconocimiento que se hizo hace años atrás al manifestar que “[...] la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas [...]”.⁵⁸

53 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 146.

54 Sentencia *González Lluy y otros c. Ecuador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de septiembre de 2015.

55 *Id.*, párr. 238 y ss. La Corte IDH deja claro que una persona con VIH no constituye una persona con discapacidad; sin embargo, tuvo en cuenta que los tratos discriminatorios que podría enfrentar una persona con VIH le podrían colocar en una situación de discapacidad. Este argumento es acogido por lo que recomendó el Programa Conjunto sobre VIH/SIDA de las Naciones Unidas (ONUSIDA) cuando señaló que el VIH debía ser considerado como una discapacidad en la medida en que las personas que presentan el virus sufren una constante discriminación en razón de su condición.

56 Roberto P. Saba, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?” en Roberto Gargarella (ed.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, tomo II, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010), 731.

57 Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 15-16.

58 Sentencia No. 11-18-CN/19, párr. 82 y 84. La CCE señala: el artículo 11 (2) de la Constitución establece una enumeración de las categorías protegidas y que pueden ser sospechosas de discriminación si se las utiliza para diferenciar (énfasis añadido).

Es posible que tales desconciertos se hayan dado porque la CCE todavía no profundizaba en los niveles de escrutinio, ni tampoco sobre los estándares para identificar a una distinción como categoría sospechosa. De ahí que, en la sentencia No. 28-15-IN/21, la CCE desarrolló de manera más amplia el contenido de las categorías sospechosas y rectificó algunos criterios de la jurisprudencia que le precede. Así, por ejemplo, destacó la importancia de diferenciar si un trato diferenciado reposa sobre una categoría sospechosa o una categoría protegida.⁵⁹ Del mismo modo, aclaró que todas las distinciones reconocidas en el artículo 11.2 de la CRE constituyen categorías protegidas; sin embargo, no todas son categorías sospechosas.⁶⁰ Al final, aclarado este punto, la CCE desarrolló los niveles de escrutinio y dio luces para su aplicación en cada caso.⁶¹

Por su parte, la Corte Suprema de Argentina (en adelante CSA) introdujo criterios similares para identificar a una categoría sospechosa de aquellas que no lo son.⁶² Primero, aduce que una categoría es sospechosa al ser contraria a la Constitución porque su uso para realizar distinciones enfrenta una palmaria inconstitucionalidad. Segundo, establece que la categoría es sospechosa porque es irrazonable, es decir, que resulta casi imposible hallar algún caso en el que la categoría pueda justificar un trato diferente en razón del principio de razonabilidad.⁶³ Tercero, se reconocen por su objeto de proteger a grupos que han sido sistemáticamente discriminados. Considerando estos criterios la CSA, ha reconocido a la nacionalidad, sexo y ciudadanía como distinciones con carácter de categoría sospechosa.

Es claro que la introducción de tales distinciones al catálogo de las categorías sospechosas ha estado ligado a los criterios emergidos de la CSEU. De esta manera, las distintas Cortes latinoamericanas⁶⁴ han ido adoptando y puliendo algunos criterios acordes a sus ordenamientos jurídicos. Vale destacar de la CSEU los parámetros establecidos de cara a la aplicación de uno u otro nivel de escrutinio para las cuatro distinciones (raza, nacionalidad, sexo y edad) reconocidas como categorías sospechosas. Así, la CSEU ha establecido que si el trato diferenciado recae sobre la raza o nacionalidad, se tendrá en cuenta el escrutinio estricto. En otro lado, si la diferenciación está basada en el sexo, el escrutinio intermedio será el aplicado. Por último, si tal trato diferente está dirigido hacia la edad, se aplicará el escrutinio de mera racionalidad.⁶⁵ Algo semejante, pero con el obstáculo de no haber determinado de forma precisa qué distinción del artículo 11.2 de la

59 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 150.

60 Id., párr. 149.

61 Id., párr. 150 y ss.

62 Saba, "Igualdad, clases y clasificaciones", 698-699.

63 Ibid., 698. Principio entendido como la relación funcional medio-fin.

64 Cf., Sentencia No. 2317-2010-AA/TC, Tribunal Constitucional del Perú, reconoció a la discapacidad como categoría sospechosa. Más adelante, en la Sentencia No. 05157-2014-PA/TC, daría paso al reconocimiento de la edad como categoría sospechosa.

65 Anne F. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", ed. Stephanie Farrior, *Human Rights Law Journal*, vol. II, (London: Routledge, 2015), 18-23.

CRE constituye una categoría sospechosa, fue realizado por la CCE, lo cual ya fue expuesto y analizado en acápite anteriores.

En cierto modo, la CCE ha procurado otorgar tal reconocimiento a algunas distinciones como el género⁶⁶, la discapacidad⁶⁷ y la filiación.⁶⁸ No obstante, estos pronunciamientos —anteriores a la sentencia No. 28-15-IN/21—, solo coadyuvaron a la necesidad de reforzar y ampliar la noción de categorías sospechosas. En su momento, la CCE se limitó al reconocimiento de dichas distinciones, partiendo de aspectos que se desprendían del principio de igualdad y no discriminación. Uno de ellos tiene que ver con el acervo discriminatorio de una distinción, ejemplo: las diferenciaciones que histórica y culturalmente se han dado por el sexo en el ámbito laboral y, con ello, el argumento de la “debilidad física” para excluir a las mujeres de la realización y ejecución de determinadas labores, *ergo*, remuneraciones inferiores a las de los hombres.

La Corte IDH desde que incorporó en su jurisprudencia la institución de las categorías sospechosas y protegidas se ha amparado en las distinciones que promulga el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁹ (en adelante CADH) para reconocer a varias de ellas —y otras que no se encuentran expresamente en el artículo— con el estatus de categoría protegida. En este sentido, la Corte IDH ha brindado algunas directrices para identificar a una categoría como sospechosa. Teniendo así: características permanentes a la persona de las cuales no se puede prescindir; la existencia de grupos que de manera reiterada han sido excluidos, subordinados o marginados; y, criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales.⁷⁰ Estos elementos no han alcanzado un grado de rigidez en estricto sentido, por lo que la Corte IDH fácilmente puede alejarse o traer a colación nuevos aspectos que corroboren a la certeza de identificación de una distinción como categoría sospechosa.

De esta forma, la Corte IDH ha reconocido algunas distinciones del artículo 1.1 de la CADH como una categoría protegida, por ejemplo: la discapacidad⁷¹,

66 Sentencia No. 292-16-SEP-CC, 21.

67 Sentencia No. 004-18-SEP-CC, 37 y ss. “[...] estas actuaciones, promovidas y toleradas por las autoridades de la entidad pública en la que prestaba sus servicios, constituyen contravenciones a su derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, en razón de su condición de persona con discapacidad”.

68 Sentencia no. 057-17-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 08 de marzo de 2017.

69 Artículo 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 11 de febrero de 1978. “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

70 Trilce Valdivia Aguilar, “¿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 (Enero-Junio 2020): 13, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.001>.

71 Sentencia Furlán y familiares c. Argentina, Corte IDH.

las personas adultas mayores⁷², las personas migrantes indocumentadas⁷³, etc. Algunas de estas distinciones y otras que ha hecho la Corte IDH, han sido a partir de la interpretación del artículo 1.1 de la CADH que en su parte final señala: “cualquier otra condición social”. La Corte IDH expresó que esta frase debe ser interpretada a partir del principio de la norma más favorable al ser humano, por tanto, se debe elegir la alternativa que más favorece y tutela los derechos.⁷⁴ En razón de lo expuesto, reconoció al origen étnico⁷⁵, a la condición de persona con VIH⁷⁶, entre otros, como una categoría protegida implícita. Entre tanto, los pronunciamientos de la Corte IDH generan cierta ambigüedad, ya que no han sido lo suficientemente claros a la hora de determinar si tal distinción corresponde a una categoría sospechosa, sino más bien, se apoya de la categoría protegida que, *per se*, implica la prohibición de trato discriminatorio.⁷⁷

En este punto, el lector podrá darse cuenta de que si bien los estándares desarrollados por las altas Cortes poseen un grado considerable de similitud, todavía queda mucha tela que cortar, debido a que es una institución adoptada hace pocos años atrás en las distintas Cortes latinoamericanas. Resulta entonces necesario que los criterios desarrollados por la CCE, en cierto modo no desempeñen un rol de aplicación mecánica, ya que la doctrina de las categorías sospechosas, a partir de la sentencia No. 28-15-IN/21, se encuentran reforzando los criterios vagos y ambiguos que le preceden. Por lo dicho, es fundamental comprender que el reconocimiento de una distinción como categoría sospechosa no guarda una finalidad meramente simbólica, sino, desentraña una tarea de gran relevancia frente a la protección de derechos constitucionales.

3.4. LA DISTINCIÓN DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE UNA PERSONA, ¿MERECE SER RECONOCIDA COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA?

Durante años las PPLs han sido objeto de tratos discriminatorios, antes, durante y posterior al cumplimiento de su condena. En su acervo histórico se puede observar, por ejemplo, la crueldad con la que se imponían las penas, que más allá de estar orientadas a la infracción cometida, estaban encaminadas a ser impuestas de acuerdo al nivel social de pertenencia. Sin necesidad de dilucidar más en este acervo histórico que deviene de un sistema inquisitivo apartado por

72 Sentencia Poblete Vilches y otros c. Chile, Corte IDH.

73 Sentencia Vélez Loor c. Panamá, Corte IDH.

74 Ver, Sentencia No. 05157-2014-PA/TC, Tribunal Constitucional del Perú, párr. 19. Se señaló que “la expresión ‘de cualquier otra índole’ es una fórmula adoptada por el constituyente que permite actualizar el contenido de la Constitución frente al surgimiento de nuevas situaciones de vulnerabilidad. De esta manera, lejos de ser una cláusula *numerus clausus*, el artículo 2.2 —Constitución Política del Perú—, habilita la posibilidad de reconocer e identificar que existen colectivos que, por su particular situación, ameritan la adopción de medidas especiales de protección por parte de todo el aparato estatal”.

75 Sentencia Norián Catrimán y otros c. Chile, Corte IDH.

76 Sentencia González Lluy y otros c. Ecuador, Corte IDH.

77 Así, la Corte IDH en la sentencia Atala Riffó y niñas c. Chile, párr. 83 y ss., ratificó a la distinción de orientación sexual como una categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH.

un sistema acusatorio pretendiente a evitar tales actos que menosprecien y excluyan de la sociedad a las PPLs, es importante tomar como base de estudio los derechos que ha reconocido la Constitución de Montecristi a favor de las PPLs. Conviene recordar que la CRE ha reconocido a las PPLs como un grupo de atención prioritaria y con protección especial. Algunos de los derechos que se deslindan de este reconocimiento han sido desarrollados en el artículo 51, que prescribe:

1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria. 2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho. 3. Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de libertad. 4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad. 5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas. 6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad. 7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia.⁷⁸

Tales derechos se encuentran en yuxtaposición con el derecho a la rehabilitación y reinserción social, porque el mismo expone que:

El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas.⁷⁹

De esta forma, es claro identificar en primer orden que las PPLs, sin duda, comprenden una categoría protegida, ya que el ser reconocidas con el estatus de grupo de atención prioritaria significa que el Estado debe brindar una protección especial. Anteriormente, al analizar qué nivel de escrutinio correspondía aplicar a la diferencia de trato detectada en el sistema penitenciario, se plasmó de modo concreto que las PPLs pertenecían a una categoría protegida interna en el artículo 11.2 de la CRE. Sin embargo, al observar el listado de distinciones prohibidas de discriminación, en ningún lado aparece la distinción de privación de libertad de una persona.

En ese sentido, la Corte IDH ha señalado que el listado que establece la CADH en su artículo 1.1 no comprende un listado taxativo o limitativo, sino sencillamente enunciativo.⁸⁰ En la misma línea, se entendería, de acuerdo con el

⁷⁸ Artículo 51, CRE.

⁷⁹ Id., Artículo 201.

⁸⁰ Sentencia Atala Riffo y niñas c. Chile, párr. 85.

resultado de varios pronunciamientos de la CCE, que el catálogo de distinciones del artículo 11.2 de la CRE tampoco es taxativo. Por lo que, atendiendo a las directrices jurisprudenciales, la frase que reposa en el artículo *ut supra*: “ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente”⁸¹, deja abierta la posibilidad de que se incluyan nuevas distinciones que no hubiesen sido reconocidas de forma explícita en el listado, siendo así la distinción de privación de libertad de una persona una categoría protegida implícita en el texto constitucional. En consecuencia, sería otro artículo que garantiza y reconoce derechos constitucionales a las PPLs, en este caso asentado sobre la prohibición de tratos discriminatorios.

Se denota que el blindaje del que gozan las PPLs, se debe a la configuración de los factores jurisprudenciales que determinan una alta probabilidad de discriminación, esto es: (a) un grupo que histórica y sistemáticamente ha sido discriminado, (b) desaventajado, (c) con un mayor grado de discriminación y (d) con elementos inmutables a la voluntad de la persona. En atención a dichos factores es razonable considerarla una distinción que debería ser reconocida como una categoría sospechosa, pero las diferencias que se hacen sobre una PPL y una persona que no se encuentra en esta condición, resultan permisibles, razonables y debidamente justificadas. De igual manera, las diferencias que reposan sobre el mismo grupo o en su defecto sobre el sistema penitenciario, están orientadas a factores de diferenciación que por su naturaleza son permisibles —siempre que contenga una justificación razonable—, ejemplo: parámetros estrictamente procesales⁸² y el resultado de una conducta-pena.

Por su parte, la medida restrictiva, diferenciadora y discriminatoria que se analizó previamente, en efecto, sobrepasa el límite de la permisibilidad de originar tratos diferenciados sobre las PPLs, ya que aquella ataca directamente a los derechos constitucionales reconocidos hacia este grupo vulnerable, en concreto, sobre la garantía de rehabilitación y reinserción social. Con ello, se aprecia que el legislador procura realizar diferencias a partir de la conducta, y en este aspecto, Saba ha sido claro al manifestar que “ese criterio no puede ser utilizado para perpetrar situaciones de exclusión y debe ser utilizado para revertir y dismantelar tratos discriminatorios preexistentes”.⁸³

Además, es preciso rescatar que los derechos reconocidos a su favor están orientados para todas las PPLs sin exclusión alguna, en consecuencia, realizar una diferenciación irrazonable sobre este grupo sería contradecir la idea de que las PPLs mantienen su condición de persona⁸⁴ y que lo único que han perdido es

81 Artículo 11.2, CRE.

82 Ver, Sentencia No. 50-21-CN/22, párrs. 75-93. La CCE realiza un análisis de un trato diferenciado sobre PPLs con base en normas penales de carácter procesal, obteniendo como resultado un trato discriminatorio vulnerador del principio de igualdad y no discriminación.

83 Saba, “Igualdad, clases y clasificaciones”, 708.

84 La expresión persona en la dogmática penal entraña un asunto polémico, porque con los presupuestos de la teoría penal del enemigo por parte de Günther Jakobs, se inicia una discusión que condiciona a considerar a una persona que ha infringido

su derecho a la libertad. De ahí que, frente a estos signos de poder irrestrictos, como sostiene Zaffaroni “el derecho penal debe operar como dique para represar ese poder. El carácter represivo subsiste, pero como contenedor de las pulsiones irracionales de las personas que operan el poder punitivo del estado”.⁸⁵

Pese a tener la certeza de que la distinción de privación de libertad de una persona constituye una categoría protegida, no existe la misma convicción en determinar si merece ser reconocida como una categoría sospechosa, pues las medidas que se han impuesto sobre aquella, no superan los estándares jurisprudenciales. Particularmente porque no se evidencia un trato diferenciado reiterativo con matices irrazonables que recaigan sobre aquella distinción, por tanto, dotarle de tal reconocimiento complicaría el ejercicio de libertad configurativa de la norma y las categorías sospechosas se verían creadas con el propósito de corregir los desperfectos que subyacen de los órganos estatales.

Es claro notar que las PPLs se encuentran ampliamente protegidas por nuestra carta magna y otras normas tanto internas como internacionales, *ergo*, es suficiente sentar razón de que —por ahora— merecen única y exclusivamente el reconocimiento de ser una categoría protegida. Sin embargo, este criterio al no ser taxativo, es posible que provengan nuevas normas o medidas diferenciadoras irrazonables e injustificadas, y en consecuencia que la distinción de privación de libertad de una persona supere los estándares jurisprudenciales y sea reconocida con el estatus de categoría sospechosa.

En suma, el reconocimiento de una distinción como categoría sospechosa debe ser proyectada más allá del carácter proteccionista de un grupo potencialmente discriminado. De modo que los reconocimientos sean debidamente fundamentados por razones de estricta necesidad y no de mera discrecionalidad. Solo así, el test de escrutinio estricto será aplicado de forma eficiente, atendiendo a su naturalidad de uso y no supondría un límite al ejercicio del legislador, quien al observar un amplio catálogo de distinciones reconocidas como categorías sospechosas ve más compleja su tarea configurativa de la norma y, en consecuencia, es más susceptible de inferir tratos diferenciados que terminen siendo discriminatorios.

Por ello, para evitar falencias es menester tener claro que la aplicación de un test de escrutinio estricto, como señala Bernal Pulido, debe ser fundamentalmente excepcional, en tanto que la aplicación del test débil es la regla general.⁸⁶ Aquello

la norma penal como no persona o enemigo. Esta teoría apoyada en lo que manifestó Rousseau que, “cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que, se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”. Ver más detalle en *Derecho Penal del Enemigo* (Madrid: Thomson Civitas, 2003), 26 y ss.

85 Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: EDIAR, 2006), 81.

86 Carlos Bernal Pulido, “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. En *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, eds. Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Soza, (Ciudad de México: UNAM, 2010), 51-74.

significa que el reconocimiento de una categoría sospechosa no implica una tarea sencilla, sino que constituye una tarea en demasía arriesgada que, adicional a encontrarse en oposición con el principio de igualdad y no discriminación, debe tener en cuenta los factores conclusivos que eventualmente podrían generar un déficit en el funcionamiento de un Estado constitucional de derechos.

4. CONCLUSIONES

Por todo lo analizado en este trabajo, es posible concluir que el principio de igualdad y no discriminación obedece a un mandato de norma *jus cogens*, de ahí que la sutileza con la que se debe tratar a este principio resulta de tamaño relevancia porque de ella se desprende la doctrina de las categorías sospechosas como un chaleco a prueba de tratos diferenciados que pretende soportar los daños que sufre un grupo en concreto que ha sido objeto de exclusión-discriminación de forma histórica y sistemática. Se ha podido evidenciar que las directrices plasmadas por las altas Cortes, principalmente por la CCE, inicialmente fueron precarias, no obstante, con el desarrollo de la jurisprudencia se amplía la doctrina de las categorías sospechosas y se direcciona de forma más meticulosa la aplicación de los distintos niveles de escrutinio.

A pesar de ello, todavía queda mucha tela que cortar al respecto de esta doctrina, en razón de que muchos de los pronunciamientos que ha hecho la CCE resultan un tanto ambiguos, y al tratarse este tema no es posible realizar interpretaciones turbias que ocasionen una desnaturalización de las categorías sospechosas. Lo que sí ha dejado claro la CCE es que, si bien todas las distinciones recogidas en el artículo 11.2 de la CRE son categorías protegidas, no todas constituyen categorías sospechosas. En otras palabras, esto implicaría que una categoría sospechosa necesariamente es una categoría protegida —no puede renunciar a esta calidad—; sin embargo, una categoría protegida no necesariamente debe gozar del estatus de categoría sospechosa.

De este modo, quedó en evidencia que la distinción de privación de libertad de una persona reúne las cualidades suficientes para ser reconocida como una categoría protegida fundamentalmente en el marco del sistema penitenciario. En contraste, la doctrina y jurisprudencia analizada a lo largo de esta investigación arroja como resultado que la mencionada distinción no encuentra la necesidad de ser reconocida como categoría sospechosa. Si bien la medida restrictiva-diferenciadora impuesta por el legislador, la cual ha sido base de este trabajo, concluye que existe un trato discriminatorio sobre un mismo grupo en igualdad de condiciones; esto no trae consigo que todo trato discriminatorio sea merecedor de un estatus de categoría sospechosa.

Ahora, si producto de esta medida sobrevienen nuevos tratos diferenciados que no se encuentran en armonía con el test de proporcionalidad, entonces,

los estándares jurisprudenciales que identifican a una categoría sospechosa fácilmente serán superados. En consecuencia, no solo se extenderá el catálogo de distinciones reconocidas como categorías sospechosas, sino que se ampliarán las deficiencias que existen a la hora de garantizar derechos constitucionales, y en definitiva, la aplicación de un escrutinio estricto para verificar si un trato diferenciado es o no discriminatorio, difícilmente será superado, *ergo*, tendremos un porvenir de medidas diferenciadoras que desde un inicio se presumirán inconstitucionales.

Conviene que la CCE considere que el reconocimiento de una distinción como categoría sospechosa entraña una tarea compleja que no se enfoca en brindar únicamente una “súper” protección, y con ello erradicar tratos diferenciados que resulten discriminatorios, sino que comprende la constatación certera del factor de necesidad. Así mismo, la CCE debe tener claro que la naturaleza de las categorías sospechosas no puede ser distorsionada pretendiendo simplemente acrecentar el catálogo de distinciones reconocidas con esta calidad, pues esto no genera en lo absoluto mayor robustecimiento de un Estado garantista. Al respecto, cabe advertir que la medida diferenciadora y restrictiva se opone a la naturaleza de un Estado garante de derechos, ya que, obvia la función elemental del sistema de rehabilitación y reinserción social al establecer barreras normativas sobre los regímenes penitenciarios, lo cual no corrobora a garantizar y cumplir con los objetivos previstos, sino todo lo contrario, agrava la crisis en el sistema penitenciario y genera mayor preocupación a la sociedad, a tal punto que las recomendaciones brindadas por la CIDH al Estado ecuatoriano, no serán las únicas.

Finalmente, los pronunciamientos de la Corte IDH —en parte de su jurisprudencia— no han sido precisos a la hora de diferenciar de manera concreta si las distinciones reconocidas e incorporadas en el artículo 1.1 de la CADH comprenden una categoría protegida, sospechosa o ambas. Queda la incertidumbre de conocer en los siguientes años el desarrollo jurisprudencial que efectuará la CCE, principalmente, a la hora de constatar si los niveles de escrutinio serán indispensables en la doctrina de las categorías sospechosas.