El principio de igualdad y no discriminación

La norma constitucional del artículo 11 numeral 2 prohíbe tanto una discriminación directa, que tiene por objeto, y una discriminación indirecta, que tiene por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La discriminación directa, que tiene por objeto, es una discriminación expresa, directa –valga la redundancia– y explícita; en tanto que la discriminación indirecta, que tiene por resultado, es una discriminación que a primera vista aparece como neutral o invisible, pero que es irrazonable, injusta y desproporcional.

El derecho internacional de los derechos humanos no solo prohíbe políticas, actitudes y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto es discriminatorio contra cierto grupo de personas, cuando no se pueda probar la intención directa de tal discriminación. La Corte destaca que la utilización de categorías tales como la raza, el sexo, la nacionalidad, la identidad cultural, un estado de salud, portar una enfermedad, son justifcables únicamente en la medida en que el fn propuesto sea aminorar las desigualdades existentes, impidiendo que las mismas se perpetúen. Se trata entonces de un sentido inverso al uso discriminatorio de estas categorías, llamada discriminación inversa, compensando, si se quiere, un tratamiento injusto, como la única forma que el Estado y los propios particulares puedan superar ese tipo de situaciones que generan un grado de injusticia real de la que son víctimas algunos grupos sociales. Lo que se busca, en defnitiva, es romper la desigualdad histórica, entendiendo que la desigualdad es una construcción social y no natural.

A criterio de la Corte, la denominada discriminación inversa no utiliza los mismos criterios de los que se sirve la discriminación injusta o arbitraria. La discriminación que se encuentra prohibida es aquella que otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de contar con una característica propia (ser mujer, ser niño, o portador de VIH, por ejemplo); en tanto que en la discriminación inversa, el trato preferencial se otorga sobre la base de que un niño, una mujer o una persona portadora de VIH ha sido tratada injustamente por el hecho de tener tal condición.

Por lo tanto, la discriminación es el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades. Arbitrariamente se usa la no discriminación para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos por cuestión social, racial, religiosa, orientación sexual, razones de género o étnico-culturales, entre otros. Es de destacarse que no toda diferenciación constituye discriminación. De acuerdo a esta óptica, se debe entender que la aplicación de determinado precepto legal a sujetos con categorías jurídicas distintas, no puede ser considerada a primera vista como un trato discriminatorio.

Al respecto es importante señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación al artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, han señalado que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, y que la igualdad se considera vulnerada si esta desigualdad se ha producido sin una justifcación objetiva y razonable23. En otras palabras, se genera discriminación cuando una distinción de trato carece de una justifcación objetiva y razonable.

Sin perjuicio de lo anterior, debe reiterarse que el hecho de que no toda diferenciación constituya discriminación, se sustenta bajo el entendido de que en las distintas actividades realizadas por las personas se generan diferenciaciones, tanto en los roles competenciales, como en aplicación de disposiciones normativas generales; en aquel sentido, la aplicación de determinado precepto legal a sujetos con categorías jurídicas distintas –condiciones contractuales– no puede ser considerado como trato discriminatorio.

Ahora bien, vale la pena tener en consideración que generalmente se usa la no discriminación para referirse a la violación de la igualdad de derechos para los individuos por cuestión social, racial, religiosa, orientación sexual, razones de género o étnico culturales, entre otros. De ahí que, tomando una parte del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación, se encuentra que la discriminación positiva o la acción afrmativa se produce cuando se observa las diferencias y se favorece a un grupo de individuos de acuerdo a sus características o circunstancias, sin perjudicar de ninguna manera a otros grupos; en cambio, la discriminación negativa se concreta cuando se realiza un prejuicio, una valoración previa que contradiga las observaciones científcas o las disposiciones legales con el afán de causar perjuicio.

Llegados a este punto, ¿cuál es el alcance de este principio dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano? A manera de ejemplo, puede observarse que en lo referente a temáticas constitucionales de origen penal, se presentan casos en los cuales es necesario resolver tras el estudio del derecho a la igualdad. Por esto, cabe señalar que cuando se trata de encuadrar la tipifcación de los delitos, la misma se realiza teniendo en consideración que se trata de una conducta humana, bajo una circunstancia o contexto, acaecida bajo ciertos medios y de cierta forma, lo que genera su fenomenología. Es por ello que al aplicar una pena con un rango diferente (en cuanto a categorías dogmá- ticas del área penal se refere), no deriva necesariamente en una vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

A manera de ilustración, vale la pena revisar el caso de los delitos sexuales: según la percepción de la Corte Constitucional, la misma ha enfatizado que “existiría un trato discriminatorio y una violación al principio de igualdad en caso de que del grupo de personas juzgadas por delito sexual, únicamente a algunas de ellas se aplicarían las circunstancias atenuantes para reducir la sanción respectiva, en circunstancias idénticas o similares. Es decir, la situación de paridad la encontramos cuando nos hallamos frente al grupo de personas juzgadas por el cometimiento de un delito sexual. De esta forma, se evidencia que tanto material como formalmente no existe una desigualdad”

De otra parte, debe manifestarse que la protección igualitaria y la consecuente no discriminación consagrada en los textos constitucionales contemporáneos como principio y como derecho, así como su incorporación en una serie de instrumentos internacionales, no es más que un refejo de un compromiso mundial de respetar y garantizar efectivamente los derechos humanos que se fundan en aquel principio.

Igualmente, las diferentes cortes y tribunales a nivel internacional han desarrollado criterios y razonamientos para aplicar de manera correcta y efectiva el principio de igualdad constitucional y no discriminación, tal y como se sintetiza a continuación: 1) Algunos ven, por ejemplo, en el principio de proporcionalidad o test de razonabilidad, una medida idónea de argumentación y justifcación para determinar los casos en los que no se confguraría discriminación si se opta por determinada medida a favor de un grupo de personas; 2) Otros, 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 propó- sito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico constitucional; pasando por un escrutinio intermedio, en donde las medidas adoptadas no buscan discriminar sino favorecer –es lo que se ha denominado afrmative action–; y, un escrutinio estricto, que se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos, según el cual un trato diferenciado es justifcado únicamente para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario. De lo cual podemos concluir que el trato diferenciado, que se ha defnido como categorías sospechosas (se abordará más adelante), necesariamente implica un mayor esfuerzo por determinar si el trato es o no discriminatorio.

En este orden de ideas y llegados a este punto, ¿de qué manera se concreta según la Corte Constitucional el principio de igualdad? Se ha dicho que el precitado principio se materializa entonces en cuatro mandatos: 1) Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en situaciones idénticas; 2) Un mandato de trato enteramente diferenciado, a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún aspecto en común; 3) Un mandato de trato paritario, a destinatarios cuyas circunstancias presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes son más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); 4) Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias son más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).

Dicho esto, conviene en este momento precisar ¿qué se entiende por trato diferente? La Corte ha aludido que el principio de igualdad y no discriminación no implica un trato idéntico en todas las circunstancias; por el contrario, son justamente las diferencias las que convocan a un trato distinto en atención al caso. Así, un trato diferente es justifcado solo en la medida en la que la fnalidad sea potenciar de mejor manera la vigencia de los derechos y no al contrario.

Si no hay una razón sufciente para la permisión de un trato desigual, entonces lo ordenado será un tratamiento igual; y, por el contrario, si hay una razón sufciente para ordenar un trato desigual, entonces está permitido el trato desigual. El problema está orientado a la justifcación sufciente de un trato desigual en condiciones diferentes.

Por esto, si el trato diferente es arbitrario, injusto e impone una desventaja que limita o anula el ejercicio de los derechos humanos de forma injustifcada o irrazonable, estamos frente a una discriminación; y si, por el contrario, el trato diferente es proporcional, necesario, razonable y se justifca en la necesidad de garantizar justamente el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad, estamos frente a una distinción

Para ilustrar lo precedente: 1) El caso de algunas disposiciones normativas en materia del derecho a la salud pública, en las que existe un trato desigual irrazonable que no encuentra justifcación: no existiría una justifcación para que se prohíba, por ejemplo a los médicos oftalmólogos, el participar en actividades económicas relacionadas con ser dueños, socios o accionistas de almacenes de óptica; una disposición normativa en este sentido, resultaría arbitraria y restrictiva de derechos, ya que no se puede restringir de su dirección a los médicos oftalmólogos, quienes profesionalmente están capacitados para llevar adelante estas actividades.

2) El caso de la no aplicación de las escalas salariales a los funcionarios de carrera del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, en relación a otros funcionarios que tienen el cargo de libre remoción y contrato: en aquel sentido, se puede observar que la condición paritaria no opera por cuanto no existe una conducta discriminatoria en la aplicación de una disposición normativa, puesto que las categorías paritarias no se hallan confguradas.

de la administración tributaria al emitir actos administrativos no solo debe basarse en el derecho de igualdad, sino que además las disposiciones normativas componentes del ordenamiento jurídico deben ir encaminadas a dar un tratamiento igualitario a las personas en relación a la situación en que se encuentren.

Por lo expuesto, es claro que la igualdad forma parte del grupo de principios jurídicos reconocidos por los Estados como mínimo de protección a los sujetos, como presupuesto para la supervivencia de la raza humana y vinculante.

Este principio ha sido objeto de un gran desarrollo doctrinario, tanto en el contexto nacional como en el internacional, es así que el texto de la Constitución se nutre de todos estos avances al realizar un reconocimiento integral del mismo. Finalmente, debe aludirse que como principio constitucional (también está regulado como derecho) se aplica a todo tipo de situaciones en las que es posible generar una comparación entre dos o más sujetos individuales y colectivos.