

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA ADOPCIÓN DE UN JUICIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
GUATEMALTECA"
TESIS DE GRADO

IGNACIO FERNANDO GRAZIOSO ALVARADO
CARNET 11166-09

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, FEBRERO DE 2015
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA ADOPCIÓN DE UN JUICIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
GUATEMALTECA"
TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
IGNACIO FERNANDO GRAZIOSO ALVARADO

PREVIO A CONFERÍRSELE
LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, FEBRERO DE 2015
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: DR. CARLOS RAFAEL CABARRÚS PELLECCER, S. J.
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANO: MGTR. PABLO GERARDO HURTADO GARCÍA
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. MAURO SALVADOR CHACÓN LEMUS

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. SET GEOVANI SALGUERO SALVADOR

Mauro Salvador Chacón Lemus
Magister en Derecho Constitucional
Código 15279

Guatemala, 28 de octubre de 2014

**SEÑORES MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Respetables señores:

De conformidad con la resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Rafael Landívar, mediante la que fui nombrado como revisor de fondo y forma de la tesis del caballero estudiante **Ignacio Fernando Grazioso Alvarado**, previo a su graduación profesional, titulada "***La Adopción de un Juicio de Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional Guatemalteca***", luego de los cambios y desarrollos sugeridos, tengo el honor de emitir el siguiente dictamen:

El trabajo revisado utiliza en debida forma el método inductivo, pues –para poder llegar a contestar la pregunta de investigación planteada desde un inicio– parte del análisis integral de los principios de igualdad y de no discriminación, cuestiones como sus nociones, tipos y su regulación nacional e internacional. Posteriormente, desarrolla el estudio de la jurisprudencia como fuente del Derecho, partiendo de un marco doctrinario, luego en el marco nacional y en el ámbito internacional, para concluir con beneficios que posee la jurisprudencia como fuente de derecho. Luego revisa la doctrina del juicio de proporcionalidad y su pertinencia para la protección de los derechos fundamentales, así como el método que dicho juicio apareja, lo cual le permite demostrar la utilidad del juicio de proporcionalidad, sobre todo al interpretarse el principio de igualdad.

Ello le sirve de marco referencial para realizar su comparación de juicios de igualdad adoptados en la jurisprudencia extranjera, internacional y nacional y finalmente desarrollar los resultados obtenidos con su investigación doctrinaria, normológica y jurisprudencial para descubrir la utilidad de aplicar un juicio de proporcionalidad para determinar un tratamiento igualitario por vía jurisprudencial, por proveer criterios objetivos para establecer qué distinciones son válidas y cuáles no lo son a la luz del principio de igualdad y del de no discriminación, según las conclusiones que recogen su criterio personal. Por ello, para su debida adecuación presenta determinadas recomendaciones, lo cual le imprime una proyección de utilidad a su trabajo.

En la revisión se fue muy cauteloso en vigilar porque el trabajo fuera original, inédito y respetara la consulta bibliográfica realizada, además que ésta fuera de alto nivel y actualidad, lo cual fue satisfecho por el señor Grazioso Alvarado a lo largo del capitulado de su tesis lo que, unido con lo explicado anteriormente, completa el método científico exigido en este tipo de investigaciones.

En cuanto a la forma se refiere, se exigió al alumno observar y revisar que su redacción se adecuara a las reglas idiomáticas establecidas por la Real Academia Española de la Lengua y se fue muy cuidadoso en denotar que la tesis cumpliera con los requisitos e instrucciones que establece el Reglamento de Trabajos de Graduación de la Universidad Rafael Landívar, lo cual fue satisfecho en la revisión final.

Por todo lo expresado, considero que el trabajo desarrollado satisface los niveles de excelencia académica exigidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de dicha universidad y constituye un aporte para la investigación científica en materia de Derecho Procesal Constitucional y de Derecho Administrativo; además, por las conclusiones y recomendaciones a las que arriba respecto de la protección de los principios de igualdad y de no discriminación, conlleva una labor en defensa del orden constitucional.

Por lo tanto, mi dictamen es en SENTIDO FAVORABLE. Aprovecho a recomendar la presente tesis para que le sea otorgada una mención especial al estudiante Ignacio Grazioso, por su valiosa y fina investigación.

Sin más, me suscribo de ustedes, atentamente,


Mauro Salvador Chacón Lemus
Magister en Derecho Constitucional

Guatemala, 18 de diciembre de 2014

Señores miembros del Consejo Directivo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar

Por medio de la presente me dirijo a ustedes con el objeto de saludarlos y aprovechar la oportunidad para agradecer la designación que se me hiciera para revisar el trabajo de tesis de licenciatura del estudiante **Ignacio Fernando Grazioso Alvarado** –carné 11166 09–, intitulado ***La adopción de un juicio de igualdad en la jurisprudencia constitucional guatemalteca***, respecto del cual me pronuncie en los párrafos siguientes.

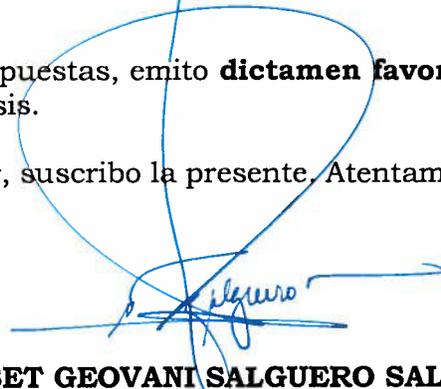
Desde que se me dio a conocer la designación, el mencionado estudiante puso a mi disposición las versiones impresa y electrónica de su trabajo; efectuada la revisión respectiva, realicé algunas observaciones de fondo y de forma que estime pertinentes, las cuales fueron atendidas debidamente.

El tesista ha logrado un trabajo de muy alta calidad académica, dado que ha profundizado en el estudio de lo relativo al juicio de igualdad, apoyándose en abundantes referentes doctrinarios, legislación, jurisprudencia y disposiciones normativas de Derecho Comparado con relación a esa temática. La obra destaca por ir más allá de la descripción del problema y de la solución que encuentra en las relacionadas fuentes de Derecho, pues es bastante crítica sobre la actividad jurisdiccional local y, a la vez, es propositiva; de hecho, las válidas conclusiones que se formulan son expresión de las inferencias a las que arriba el autor, lo cual posibilitó hacer sugerencias propias, las que quedaron plasmadas en las correspondientes recomendaciones.

Lo antes manifestado permite advertir que la tesis satisface los niveles de excelencia exigidos en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, constituyendo un aporte significativo de los integrantes la unidad académica para la solución de los problemas jurídicos nacionales.

Por las razones expuestas, emito **dictamen favorable** y recomiendo que se proceda a autorizar la tesis.

Sin otro particular, suscribo la presente. Atentamente,



M.A. SET GEOVANI SALGUERO SALVADOR
REVISOR DE TESIS



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante IGNACIO FERNANDO GRAZIOSO ALVARADO, Carnet 11166-09 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07636-2014 de fecha 18 de diciembre de 2014, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"LA ADOPCIÓN DE UN JUICIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL GUATEMALTECA"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 27 días del mes de febrero del año 2015.


MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Dedicatoria y agradecimiento.

A **Dios**, a quien todo debo. A la **Virgen María**, quien me acompaña y protege.

A mis **padres**, Katyna y Carlos, personas excepcionales que me han dado todo su amor y que han depositado en mí sus mejores esfuerzos. A mis **hermanos**, Pablo y Pedro, por ser verdaderos amigos.

A mis **abuelos**: *nonno Romeo*, quien siempre será mi verdadero ejemplo de abogado y jurista; *nonna Viri*, por su incondicional cariño y sabiduría; *nonno Julio*, a quien aspiro alcanzar en generosidad y alegría y *nonna Raquel*, mujer inquebrantable y amorosa.

A María Cristina por enseñarme que el amor es transparente y sincero.

A mi **familia**, quienes son una verdadera bendición y a mis **amigos** que me acompañan y me dan su franco apoyo.

A mi **casa de estudios**, y a mi **Facultad**, por formarme como Abogado y Notario, pero también como persona.

A mis **profesores, tutores, maestros**, quienes desinteresadamente me han enseñado y trazado el camino.

Responsabilidad: El autor es el único responsable por el contenido del presente trabajo, incluyendo las conclusiones y recomendaciones alcanzadas.

TABLA DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Comisión Americana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Resumen Ejecutivo

La presente investigación aborda el principio de igualdad y no discriminación y la trascendencia que ocupa tanto nacional como internacionalmente. También desarrolla el concepto de igualdad y el concepto de discriminación y el verdadero alcance de estas nociones. A través de este trabajo se sitúa al referido principio como uno fundamental en la historia de las sociedades democráticas.

Se desarrolla, asimismo, el valor formal y material de la jurisprudencia en Guatemala y dentro del marco del Derecho Internacional. Se estudian las grandes corrientes que se observan en cuanto a la jurisprudencia como fuente de Derecho y se incluyen algunos ejemplos prácticos del valor que se le otorga a la jurisprudencia tanto nacional como internacionalmente. Se resaltan las ventajas que resultan de la aplicación de la jurisprudencia como fuente de Derecho. A partir de ello, se busca establecer que la jurisprudencia es la herramienta idónea para la utilización de una herramienta que provea criterios objetivos para la colisión de derechos fundamentales, y en específico supuestas colisiones relacionadas con el principio de igualdad y no discriminación. Se opta por el principio de proporcionalidad como herramienta para el efecto. Este provee criterios que consideran las cuestiones jurídicas y fácticas de un caso para una resolución proporcional. Se desarrollan estos criterios y se explica su aplicación.

Por último, se analiza cómo las diferentes altas cortes nacionales e internacionales han implementado un juicio de igualdad para la efectiva garantía del principio de igualdad y No Discriminación.

Índice

Introducción	1
Capítulo 1: La dimensión del principio de igualdad y no discriminación	5
1.1 La noción de igualdad	5
1.1.1 La necesidad de comparar proporcionalmente	5
1.1.2 El papel central de la igualdad en las sociedades	8
1.1.3 El fundamento de la igualdad entre los seres humanos	9
1.2 Estatus del principio de igualdad y no discriminación	12
1.2.1 El principio de igualdad y no discriminación en la normativa nacional e internacional	12
1.2.2 El principio de igualdad como norma <i>jus cogens</i>	14
1.2.2.a Implicaciones del <i>jus cogens</i>	14
1.2.2.b La inclusión del principio de igualdad en el <i>jus cogens</i>	16
1.3 Diferentes tipos de igualdad y de discriminación	17
1.3.1 Concepto de discriminación	17
1.3.2 Categorías sospechosas	17
1.3.3 La diferencia entre el concepto de igualdad y el de no discriminación	19
1.3.4 Igualdad formal e igualdad material	21
1.3.5 Discriminación indirecta	22
1.3.6 Discriminación inversa y acción afirmativa	24
1.3.7 Discriminación sistemática o estructural	25
1.3.8 Discriminación en el ámbito privado	26
Capítulo 2: El valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho	27
2.1 Sobre la jurisprudencia en general	27
2.1.1 Definición y función de la jurisprudencia	27
2.1.2 Las dos doctrinas principales relativas a la jurisprudencia	28
2.2 El valor de la jurisprudencia como fuente de derecho en Guatemala	32
2.2.1 El valor formal de la jurisprudencia en Guatemala	32
2.2.2 El valor implícito de la jurisprudencia en Guatemala	34

2.3 La jurisprudencia internacional como fuente de derecho	37
2.3.1 La jurisprudencia internacional como fuente de derecho en el derecho internacional	37
2.3.2 La jurisprudencia internacional como fuente de derecho en el derecho interno de un Estado	38
2.4 Los beneficios que posee la jurisprudencia como fuente de derecho ante otras fuentes	40
<i>Capítulo 3: El juicio de proporcionalidad y su pertinencia para la protección de los derechos fundamentales</i>	45
3.1 Noción de proporcionalidad	45
3.2 La aplicación del principio de proporcionalidad	48
3.2.1 La distinción entre principios y reglas	48
3.2.1.a El método de la subsunción	51
3.2.2 El principio de proporcionalidad y sus elementos	52
3.2.2.a El subprincipio de idoneidad	53
3.2.2.b El subprincipio de necesidad	54
3.2.2.c El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto	55
3.3 La aplicación de la fórmula del peso o ponderación	55
3.4 Las ventajas que presenta la utilización del juicio de proporcionalidad	59
3.5 El juicio de proporcionalidad aplicado a la igualdad (juicio de igualdad)	61
<i>Capítulo 4: Comparación de juicios de igualdad adoptados en la jurisprudencia extranjera, internacional y nacional</i>	64
4.1. Suprema Corte de Estados Unidos	64
4.1.1 El escrutinio de la Suprema Corte estadounidense y sus grados de intensidad	64
4.1.2 El escrutinio de la racionalidad mínima	65
4.1.3 El escrutinio intermedio	66
4.1.4 El escrutinio estricto	66

4.2 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México	68
4.2.1 El test ordinario o flexible	68
4.2.2 El escrutinio estricto	69
4.3 Corte Constitucional de Colombia	71
4.3.1 El juicio de igualdad como juicio de proporcionalidad	71
4.3.2 El juicio de igualdad de influencia norteamericana	72
4.3.3 El juicio integrado de igualdad	73
4.4 Tribunal Constitucional del Perú	74
4.4.1 El test de proporcionalidad aplicado en casos de igualdad	74
4.4.2 Categorías sospechosas y la intensidad de la intervención.	75
4.5 Corte Interamericana de Derechos Humanos	77
4.5.1 El juicio de proporcionalidad de la Corte Interamericana	77
4.5.2 Las categorías sospechosas en el Sistema Interamericano	78
4.6 Tribunal Europeo de Derechos Humanos	79
4.6.1 El juicio de igualdad del Tribunal Europeo	79
4.6.2 Categorías sospechosas en la jurisprudencia del TEDH	80
4.7 Tribunal Constitucional de España	80
4.7.1 El juicio de proporcionalidad en materia de igualdad	80
4.7.2 El examen riguroso de igualdad	81
4.8 Corte de Constitucionalidad de Guatemala	82
4.8.1 El desarrollo jurisprudencial del principio de igualdad	82
4.8.2 La aplicación del juicio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional	84
4.8.2.a El caso de la multa a los Notarios (2729-2011)	84
4.8.2.b El caso de las regresividad de las prestaciones del Programa de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia del IGSS	85
4.8.2.c El caso de la las empresas de seguridad privada	87
Capítulo 5: Análisis sobre la aplicación judicial del juicio de igualdad	90
5.1 La igualdad entre las personas	90

5.2 La importancia del principio de igualdad en el Derecho	91
5.3 Conceptos importantes relacionados con la Igualdad y No Discriminación	92
5.3.1 Discriminación y categorías sospechosas	92
5.3.2 Formas de discriminación	93
5.4 La proporcionalidad como método para determinar la validez de distinciones	94
5.5 La creación y aplicación jurisprudencial del juicio de igualdad	97
5.6 Análisis comparativo de la aplicación de los juicios de igualdad en diferentes Cortes	102
<i>Conclusiones</i>	112
<i>Recomendaciones</i>	114
<i>Referencias</i>	115
<i>Anexo “A” Aplicación de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy</i>	130
<i>Anexo “B” Cuadro de los diferentes grados de escrutinio aplicados por la Corte Suprema de Estados Unidos</i>	135
<i>Anexo C Cuadro comparativo de los juicios de igualdad aplicados por diferentes órganos jurisdiccionales</i>	138

Introducción

El presente trabajo de investigación plantea la adopción de un juicio de igualdad en la jurisprudencia constitucional guatemalteca. A ello responde directamente su título. Para ese objetivo, el contenido abarca todo aquello que es necesario para comprender qué es un juicio de igualdad, su aplicación, sus consecuencias y los rasgos más sobresalientes del principio de igualdad. La tesis pretende ser útil tanto en un sentido académico, como en un sentido práctico. Cumple lo primero, al intentar ofrecer una respuesta a la necesidad de dar preponderancia a la igualdad jurídica en la resolución de conflictos que involucren derechos fundamentales, el cual debe someterse al rigor científico. La utilidad práctica es probablemente más tangible, al ofrecer una herramienta concreta para que sea incorporada dentro de las judicaturas con competencia constitucional.

Dentro del contexto específico de Guatemala, la igualdad adquiere una importancia concreta como tarea pendiente, debido a los grandes índices de desigualdad imperantes. Para ilustrar con apenas algunos ejemplos, se puede mencionar que en Guatemala más de la mitad de la población se encuentra en situación de pobreza y 15.2% en situación de extrema pobreza. La pobreza se torna significativamente más gravosa en áreas rurales, en donde se concentra el 71.7% de la misma. Menos de la mitad de las mujeres económicamente activas consiguen trabajar, mientras en el caso de los hombres, 88.3% de los mismos labora. A la educación secundaria tienen acceso casi un 50% más de hombres que de mujeres. Apenas 12.6% de las diputaciones son ocupadas por mujeres. Según informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Guatemala ocupa el puesto 133 del índice de desarrollo humano ajustado por desigualdad, por detrás de naciones como Irak, Egipto y China. Estos abismos estadísticos son pruebas fehacientes de la necesidad de una promoción destacada del valor de la igualdad en nuestra sociedad, a lo cual pretender responder esta tesis.

Se ha escogido la modalidad de monografía para desarrollar la presente investigación. Esto, debido a que esta modalidad de investigación es aquella que permite estudiar

documental y científicamente el tópico escogido y realizar un aporte jurídico, debidamente fundamentado y que tenga como consecuencia una más adecuada y efectiva protección al principio-derecho de marras. El tipo de investigación es jurídico propositivo. Este es el tipo de investigación más pertinente en virtud de que por su medio se logra estudiar el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado al principio de igualdad y no discriminación, cuestionando sus deficiencias y proponiendo cambios en dicha jurisprudencia.

En la tesis se ha dimensionado un objetivo general, que busca perseguirse y alcanzarse conjuntamente por la totalidad de la investigación. El objetivo general es: Demostrar la necesidad y pertinencia de que la Jurisprudencia Constitucional guatemalteca adopte un juicio de proporcionalidad en los casos relativos al Principio de Igualdad y No Discriminación. La pregunta de investigación es precisamente congruente con dicho objetivo, misma que se ha formulado en los siguientes términos:

¿Cuál es la conveniencia o necesidad de adoptar un juicio de igualdad o proporcionalidad en los casos relativos al principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia constitucional guatemalteca?

Para el efecto, se ha estructurado la investigación en función a responder a dicha interrogante, y a permitir alcanzar el objetivo general planteado. Para ello, se han planteado cuatro objetivos específicos que se pretenden alcanzar en los correspondientes cuatro primeros capítulos de la investigación. El último capítulo, es el análisis y discusión de resultados, en el cual se buscan presentar los hallazgos obtenidos en la elaboración de la investigación y plasmar los razonamientos propios del autor como un aporte. Los objetivos específicos son los siguientes:

1. Dimensionar la relevancia que ocupa el principio de igualdad y no discriminación como un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala y en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Para ello, en el primer capítulo se hace un estudio exhaustivo de lo que significa la igualdad en el plano jurídico y las peculiaridades de este Principio, las cuales deben conocerse y observarse para su plena garantía.

2. Evidenciar el valor que ha adquirido la jurisprudencia nacional e internacional como fuente de Derecho. Este objetivo se ha buscado alcanzar por medio del examen del valor que se le otorga a la jurisprudencia nacional e internacional, tanto desde el plano formal como del plano práctico.
3. Explicar qué son los juicios de proporcionalidad y su pertinencia en la protección de los derechos fundamentales. Para este fin, se ha adoptado principalmente la teoría que ha desarrollado notablemente el jurista alemán Robert Alexy. A través de ella se propone esta herramienta para dirimir colisiones entre derechos fundamentales.
4. Analizar comparativamente los diferentes juicios de igualdad adoptados por las altas cortes nacionales e internacionales en relación con la protección que se le ha otorgado al principio de igualdad en la jurisprudencia constitucional de Guatemala. Esto se ha pretendido examinando las formas particulares en las que se ha aplicado el juicio de igualdad por diferentes tribunales y por otro lado estudiando la protección que se le ha dado en la jurisprudencia constitucional a este principio, e incluso la aplicación que ha tenido el test de proporcionalidad en casos relativos a otros derechos fundamentales.

El alcance de la investigación se centra en la protección que la justicia constitucional le ha otorgado al principio de igualdad. Pero para ello, es necesario considerar jurisprudencia comparada e internacional respecto del tema, especialmente de la región, pero también de Europa. Serán relevantes para el efecto, los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos y la teoría constitucional de diferentes países, en el contexto del principio de igualdad. Se incluye también la proporcionalidad como herramienta de decisión judicial y la jurisprudencia precisamente como vía para su aplicación. En términos del marco temporal, se realizará el estudio desde el momento al que se remonten estos juicios en las diferentes cortes.

Como límite de la investigación se estableció primordialmente el acceso y selección de jurisprudencia relevante y su entendimiento en el caso de aquellas resoluciones que estuvieren redactadas en otro idioma. A pesar de ello, fue posible encontrar jurisprudencia de los tribunales escogidos. El límite del idioma persistió en cuanto a la

utilización y análisis de precedentes de Alemania y otros países de Europa que también pudieron haber sido valiosos.

Se utilizó como instrumento un cuadro comparativo que contrasta los juicios de igualdad adoptados por diferentes órganos jurisdiccionales. Esto se hizo con la intención de alcanzar el objetivo específico número cuatro, complementado por el capítulo 4. En él se incluyen los aspectos más relevantes de cada juicio de proporcionalidad o igualdad examinados, como lo son el tipo de test empleado, su estructura, la inclusión o no de categorías sospechosas y los casos en los cuales se ha aplicado. En ese sentido, fue necesario examinar, como unidades de análisis, las resoluciones relativas a la aplicación de un juicio de igualdad de cada uno de los tribunales estudiados. Estos son la Suprema Corte de Estados Unidos, la Suprema Corte de Justicia de México, la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú, el Tribunal Constitucional de España, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

La investigación pretende ofrecer un verdadero aporte en la teoría constitucional guatemalteca y en el desarrollo y protección del principio de igualdad y no discriminación a través de la proposición de la adopción de una herramienta que lo efectivice.

Capítulo 1: La dimensión del principio de igualdad y no discriminación

1.1 La noción de igualdad

1.1.1 La necesidad de comparar proporcionalmente

El asunto de la igualdad entre los seres humanos es una de las cuestiones más complejas de nuestro tiempo; no obstante, solemos asumir sin mayores consideraciones que es posible preguntarse y concluir con certeza si las personas son o debieran ser iguales entre una y otra.¹ A diario emitimos juicios de valor sin realizar un análisis profundo que determine en qué sentido somos iguales. En matemática, la Ley de Tricotomía nos dice que, dentro de la teoría de los números reales, por cualquier valor que esté representado como “X” o “Z”, “X” será mayor que “Z”, “Z” será mayor “X” o “X” y “Z” serán iguales.² Jurídicamente, una igualdad no puede ser declarada con la misma facilidad, debido a que respecto a los seres humanos, existen muy pocos aspectos en los que podemos ser medidos con exactitud. Más allá de nuestra edad, peso y estatura, existen escasas características que puedan ser cuantificables en una escala numérica,³ y que por lo tanto, al compararse, puedan arrojar una igualdad en su sentido matemático.

La igualdad, es un concepto relacional, no una cualidad que pueda ser afirmada o negada de manera inequívoca en consideración aislada de la situación que se analiza.⁴ Es decir, que un objeto, lugar o persona, siempre será igual o desigual respecto de otro objeto, lugar o persona. Los elementos de comparación siempre tendrán alguna diversidad, al menos en cuanto a su tiempo o ubicación, para poderseles comparar.⁵ El problema de la igualdad, entonces, deviene de comparar dos sujetos que son

¹ University of Oxford Personal Pages Index; Lucas, J.R. ΙΣΟΝΟΜΙΑ. Reino Unido. Disponible en: <http://users.ox.ac.uk/~jrlucas/libegsor/isonomia.pdf>. Consultado el 17 de julio de 2014.

² Detlefsen, Micheal; McCarthy, David Charles; Bacon, John B.; **Logic From A to Z**; New York, United States; Routledge; 1999; página 61.

³ Lucas, J.R. Op. Cit.

⁴ Rubio Llorente, Francisco; **La forma de poder. Estudios sobre la Constitución**; Madrid, España; Centro de Estudios Constitucionales; 1993 página 640.

⁵ Loc. Cit.

necesariamente diferentes. Si todos los hombres fueran iguales en todo, como se dice que lo son, el problema de la igualdad sería resuelto con dar a todos la misma cosa y tratar a todos de la misma manera.⁶ Como esto no sucede, es necesario dividir y clasificar a las personas en categorías, según sus diferencias y similitudes entre sí, a efecto de determinar razonablemente la proporción de la distribución de premios y cargas en una sociedad, lo cual sin duda es un motivo de conflicto.⁷

Estas categorías son necesarias en la medida en que las personas pueden ser iguales y desiguales, según el criterio en el que se les compare, e incluso quienes son iguales con un criterio pueden resultar ser desiguales con base a otro.⁸ Es por ello que el principio de igualdad no prescribe una igualdad absoluta, es decir que no prescribe el trato igual de las personas sin consideración a sus características específicas, sino más bien se refleja en la idea de igualdad relativa, que impone el deber de tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual.⁹ Este concepto de igualdad tiene la misma estructura que el concepto de justicia distributiva, que puede comprenderse en una fórmula matemática que se expresa de la siguiente manera: *Si un derecho "A" es otorgado al individuo "iA", y un derecho "B" es otorgado al individuo "iB", se satisface la exigencia de la justicia distributiva si la proporción de "A" a "B" es igual a la proporción de "iA" a "iB"*.¹⁰ Estas ideas ya habían sido ampliamente desarrolladas desde la antigüedad por Aristóteles, en sus propios términos.

Aristóteles, en sus libros *Política* y *Ética a Nicómaco*, plasmó la inmortal idea de que: *"la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para desiguales"*.¹¹ Asimismo, expresó que la justicia se expresa en una relación con cuatro factores, dos personas y dos cuotas, y que existirá igualdad si existe una relación

⁶ Bobbio, Norberto; **El filósofo y la política en torno a la noción de justicia**; México; Fondo de Cultura Económica; 1996; páginas 210-211.

⁷ Loc. Cit.

⁸ Loc. Cit.

⁹ Tanaka, Kotaro; Voto disidente del Juez Tanaka en el caso del Suroeste de África, ante la Corte Internacional de Justicia.(ICJ rep. 1966.4)

¹⁰ Kelsen, Hans; **What is Justice? Justice, Law, and Politics in the mirror of Science**. United States of America. University of California Press; 2010; octava impresión, página 127.

¹¹ Citado por Pérez Portilla, **Karla; Principio de Igualdad, Alcances y Perspectivas**. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; 2005; página 8.

proporcional entre la semejanza de las personas con respecto a la semejanza de las cuotas.¹² Estas ideas de Aristóteles, se han impregnado profundamente en la cultura occidental desde la antigüedad hasta nuestros días, y pueden ser también comprendidas en los siguientes términos:¹³

1. La igualdad en la moral significa que cosas iguales deben ser tratadas igualmente, mientras que las cosas desiguales deben ser tratadas desigualmente en proporción con su desigualdad
2. La igualdad y justicia son sinónimos. Ser justo es ser equitativo y ser injusto es no serlo.

Según esas premisas, es posible descomponer la fórmula de la igualdad en dos componentes, siendo el primero la equivalencia entre dos personas, y el segundo la determinación de que deben ser tratadas de la misma manera. El componente decisivo es el primero, determinar que dos personas efectivamente son iguales,¹⁴ ya que al hacerlo, se sabe que deben ser tratadas igualmente.

Los criterios para definir qué es relativamente semejante y que no lo es, en función de crear categorías para la distribución de derechos y cargas en una sociedad suele ser un asunto que, además de ser complejo, implica un alto grado de controversia. Estos criterios han cambiado drásticamente en el devenir de la historia y no cabe duda que seguirán cambiando. En el pasado se han realizado distinciones que hoy se consideran severamente discriminatorias. En el derecho romano, por ejemplo, no todo ser humano era considerado una persona en términos jurídicos. Para poder ser sujeto de derechos y obligaciones era requisito ser libre y no esclavo, ciudadano y no peregrino y ser jefe de familia y no estar bajo ninguna potestad.¹⁵ La institución de la esclavitud significaba que un individuo se encontraba en calidad de perteneciente a otro, el cual podía

¹² Citado por Kelsen, Hans; **What is Justice? Justice, Law, and Politics in the mirror of Science**. Op. Cit. página 127.

¹³ Westen, Peter; "The Empty Idea of Equality"; *Harvard Law Review*; Volume 95, Unites States; enero de 1982, página 542.

¹⁴ Pérez Portilla, Karla; Op. Cit. 9.

¹⁵ Morineau Iduarte, Marta; Iglesias González, Román; **Derecho Romano**. México, D.F., México. Oxford University Press; 2009; cuarta edición; página 40.

disponer libremente del esclavo como parte de su patrimonio.¹⁶ En Virginia, Estados Unidos, no estaban permitidos los matrimonios interraciales, hasta que la Corte Suprema declaró inconstitucional dicha prohibición.¹⁷ En Sudáfrica existió legislación que promovía el apartheid, y que determinaba que en ciertas zonas residenciales solo podían habitar personas de raza blanca,¹⁸ y que obligaba a registrar a las personas desde su nacimiento según una de cuatro posibles clasificaciones raciales: blanco, de color, bantú u otro.¹⁹ En Guatemala, no se reconocía el derecho al voto de las mujeres hasta la relativamente reciente Constitución de 1945.²⁰ Es un hecho probable que en los años venideros ciertas distinciones que hoy se consideran válidas a la luz del principio de igualdad sean declaradas inconstitucionales por las Cortes respectivas, o que sean reformadas o derogadas por nuevas leyes.

1.1.2 El papel central de la igualdad en las sociedades

La igualdad ha jugado un rol preponderante en muchas sociedades antiguas como la griega, que vislumbró en el concepto de *isonomía*, algo muy semejante a lo que hoy en día se entiende por igualdad ante la ley.²¹ Sin embargo, la igualdad reconocida por el Estado es valorada como un especial logro de la ideología liberal desarrollada en el movimiento de la Ilustración y consagrada como derecho en las declaraciones de derechos que tuvieron lugar como consecuencia de la Revolución Francesa.²² El valor de la igualdad, además de ser antiguo, actualmente ocupa un lugar central en la figura de una democracia, como un pilar de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional.²³ En ese sentido, Amartya Sen, premio Nobel en Economía, ha considerado que es posible aducir que virtualmente todas las ideas relativas a la

¹⁶ *Ibíd*; página 41.

¹⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos de América; *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 87 S. Ct. 1817, 18 L. Ed. 2d 1010 (1967).

¹⁸ Parlamento de Sudáfrica, Group Areas Act, No. 41; 1951.

¹⁹ Parlamento de Sudáfrica, Population Registration Act, No. 30; 1950.

²⁰ Asamblea Constituyente de la República de Guatemala; Constitución de la República, 1945, artículo 9.

²¹ Ruiz Miguel, Alfonso; "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista Doxa*; Número 19; Alicante, España; 1996; Universidad de Alicante, Área de Filosofía del Derecho; página 41.

²² *Loc. Cit.*

²³ Bernal Pulido, Carlos; Universidad del Externado de Colombia; El juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana; disponible en: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf; consultado el 24 de mayo de 2014.

organización de una sociedad, se fundan en el concepto de igualdad, aunque no siempre se conciba la igualdad en los mismos términos y, además, que la característica común de casi cualquier disposición ética o social que ha sobrevivido el paso de los años, ha buscado la igualdad en algún sentido.²⁴ Según el profesor John Rawls, existen dos principios que deben regir la estructura básica de una sociedad y su distribución de deberes y derechos, así como la asignación de beneficios sociales y económicos,²⁵ ambos de los cuales están íntimamente ligados con la idea de igualdad. Estos principios son²⁶:

Primer principio: que cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio esquema de libertades básicas, que sea compatible con un esquema similar de libertades para otros.

Segundo principio: las desigualdades sociales y económicas deben ser ajustadas de tal manera que a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, y b) se vinculen con cargos accesibles a todos.

El reconocimiento de la igualdad como uno de los valores principales en la mayoría de sociedades modernas se verifica en virtud del gran número de naciones que han adoptado normas tendientes a garantizar la igualdad de las personas en sus Constituciones.²⁷

1.1.3 El fundamento de la igualdad entre los seres humanos

Cabe preguntarse, también, cuál es el origen o el fundamento de que nos consideremos iguales. Actualmente, el valor de la igualdad se encuentra bien cimentado en nuestra escala de valores jurídicos y sociales, pero ello no significa que exista claridad en cuanto a la razón fundamental que sustenta nuestra igualdad. Una posible explicación

²⁴ Citado por Arnardóttir, Oddny Mjoll; **Equality and non-discrimination Under the European Convention on Human Rights**; The Hague, The Netherlands; Kluwer Law International 2003, página 13.

²⁵ Rawls, John; **A Theory of Justice**. Cambridge, Massachusetts; The Belknap Press of Harvard University Press; 1999; página 53.

²⁶ Loc. Cit. Carbonell, Miguel; **Igualdad y Constitución**. México; Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación; 2008; página 11.

²⁷ Ver *infra* nota 44.

radica en considerar que las personas son iguales debido a que poseen las capacidades morales mínimas necesarias para poder cooperar socialmente y participar dentro de una sociedad, en condiciones de igualdad.²⁸ Si concebimos a la sociedad como un sistema justo de cooperación, la base de la igualdad es tener la posibilidad de poder participar en ese sistema cooperativo.²⁹ Este argumento no parece explicar de qué manera somos iguales a personas que no pueden participar en este esquema colaborativo de la sociedad.

Además de la cooperación en una sociedad, se ha sostenido de manera más convincente que el valor de la dignidad del ser humano es el motivo que justifica la igualdad entre las personas. Kant definió el referido valor como un requerimiento moral que exige tratar a toda persona como un fin en sí mismo.³⁰ Según el filósofo “[Todo] tiene o un precio o una dignidad. Lo que tiene un precio puede ser sustituido por otra cosa como equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite un equivalente, posee dignidad”.³¹ Este concepto, como justificación de los derechos fundamentales, adquirió relevancia destacada en los cuerpos normativos internacionales ya que varios de los documentos fundacionales de las Naciones Unidas reconocían un estrecho vínculo entre la dignidad de la persona y los derechos humanos, como respuesta a las graves violaciones de los derechos fundamentales que acontecieron durante la II Guerra Mundial.³² Si se reconoce que este valor es una fuente inherente de los derechos humanos, y que estos son inalienables, se debe reconocer también que los derechos humanos no dependen de alguna característica contingente de un ser humano.³³ El principio de igualdad se desprende de la unidad naturaleza del género humano³⁴ y es una consecuencia obligada de la afirmación del

²⁸ Rawls, John; **Justice as Fairness, a Restatement**. Cambridge, Massachusetts; The Belknap Press of Harvard University Press; 2001; página 20.

²⁹ Loc. Cit.

³⁰ Citado por Habermas, Jürgen. "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos." *Diánoia*; volumen LV, número 64 (2010), página 5.

³¹ Loc. Cit. Nota al pie número 5.

³² Loc Cit.

³³ Hanski, Rajia y Suksi, Markku; **An introduction to the international protection of human rights**; Finlandia; Institute for Human Rights, Abo Akademi University; 2002, segunda edición; página 6.

³⁴ Corte IDH; Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4, párrafo 55. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 79.

valor del mismo.³⁵ No obstante las diferentes condiciones en las que se pueda encontrar un ser humano, tiene el derecho fundamental a la dignidad,³⁶ e incluso las limitaciones que impidan su capacidad jurídica no pueden afectar su personalidad jurídica como consecuencia, precisamente, de esta cualidad del ser humano.³⁷ Por ende, aunque una circunstancia (*e.g.* el hecho de una discapacidad física o mental, la condición de ser niñez o anciano) impida la colaboración en una sociedad, la persona posee valor intrínseco, la cual se reconoce como fundamento de la igualdad. Ni siquiera puede sostenerse que los derechos humanos sean una consecuencia de tomar decisiones libres o pensar lógicamente.³⁸ Se considera que las personas son iguales en la medida en que son igualmente dignos, y por ende deben tener los mismos derechos.

Esta idea se cristaliza de manera especial en el primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la que se establece que: “*Todos los seres humanos nacen (...) iguales en dignidad y derechos*”.³⁹ Estos principios anti-discriminatorios contenidos en instrumentos internacionales⁴⁰ expresan la idea de que las diferentes características de los humanos no son relevantes para que sean poseedores de derechos humanos.⁴¹ La afirmación de este valor esencial de la persona humana, además de fundamento de la igualdad de las personas, opera como fundamento de la noción de los derechos humanos en general, ya que el Estado existe para el servicio del ser humano y no puede usarse legítimamente el poder público para negar o irrespetar atributos inherentes a la persona, sino que por el contrario debe servir para garantizar la observancia del derecho a la dignidad.⁴² El reconocimiento del ser humano como sujeto por excelencia de este derecho y como fin del Estado y de toda organización social lleva a concluir que por ello es poseedor de derechos

³⁵ Villán Durán, Carlos; **Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos**; Madrid, España; Editorial Trotta; 2002, página 96.

³⁶ Cançado Trindade; A.A.; Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, A.A. en Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 35.

³⁷ *Ibíd.* Párrafo 33.

³⁸ Hanski, Rajia y Suksi, Markku; *Op. Cit.* página 6.

³⁹ Asamblea General de Naciones Unidas; Declaración Universal de Derechos Humanos; adoptada el 10 de diciembre de 1948.

⁴⁰ Ver *infra* nota 46.

⁴¹ Hanski, Rajia y Suksi, Markku; *Op. Cit.* página 6.

⁴² Nikken, Pedro; **El Concepto de Derechos Humanos**. San José, Costa Rica; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 1994, página 23.

humanos, y que todos los seres humanos poseen los mismos derechos. Es este el fundamento de la igualdad de las personas.

Del hecho de que la igualdad obliga el trato diferenciado en ciertas situaciones y que es consecuencia de la igual dignidad de los seres humanos, se desprende que no todas las distinciones lesionan la dignidad humana, sino solo aquellas contrarias a la justicia, razón o naturaleza de las cosas,⁴³ y por ende, el trato desigual no constituye necesariamente un acto de discriminación.⁴⁴

1.2 Estatus del principio de igualdad y no discriminación

1.2.1 El principio de igualdad y no discriminación en la normativa nacional e internacional

El principio de igualdad y no discriminación se reconoce por medio de una gran cantidad de disposiciones en cuerpos normativos dispersos. Existe una gran cantidad de Estados que garantizan la igualdad y no discriminación por medio de sus textos constitucionales,⁴⁵ lo cual evidencia la importancia que se le concede a este valor como un valor fundante de la mayoría de las sociedades modernas alrededor del mundo. Es razonable que en sociedades con tanta diversidad, como las que existen hoy en día, se promueva especialmente la igualdad de dignidad y derechos de las personas. En las

⁴³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, Op. Cit. párrafo 56 y 57.

⁴⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 185; párrafo 103. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Case of Connors v. The United Kingdom; Aplicación No. 66746/01; sentencia del 27 de mayo de 2004; párrafo 84.

⁴⁵ Asamblea Nacional Constituyente; Constitución Política de la República de Guatemala y sus reformas; 31 de mayo de 1985; artículos 47, 50, 102 literal c). Congreso Constituyente Democrático del Perú; Constitución Política del Perú; 29 de diciembre de 1993; artículos 2.1, 6, 26, 31. Congreso Constituyente; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus reformas; 5 de febrero de 1917; artículos 1°, 2° B, 3° numeral II. inciso c); 4°. Delegados de los Estados de Estados Unidos de América; Constitución de los Estados Unidos y sus reformas; 17 de septiembre de 1787; enmienda XIV y enmienda XV. Asamblea Nacional Constituyente; Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y sus enmiendas; 15 de diciembre de 2009; artículos 1, 2, 21, 75. Cortes españolas; Constitución Española y sus reformas; 31 de octubre de 1978; artículos 1.1, 9.2, 14, 23.2. Asamblea Constituyente; Constitución de la República de Italia y sus reformas; 22 de diciembre de 1947; artículos 3, 8, 29, 37, 48, 51. Su Majestad, la Reina en Consejo; Orden Real de Granada de 1973 (Constitución de Granada); 19 de diciembre de 1973; artículo 1. Emperador; Constitución de Japón; 3 de noviembre de 1946; artículos 14, 24, 26.

Constituciones de estos Estados es común que se consagre la igualdad como uno de los fines fundamentales del Estado o que se declare que el Estado se organiza para la consecución de la igualdad entre otros valores. Asimismo, existen disposiciones que de manera independiente garantizan la igualdad en ámbitos como el trabajo, la familia, los cargos públicos y la igualdad de voto. También es común destinar artículos o pasajes de la Constitución a reconocer la igualdad entre hombre y mujer.

En el plano jurídico internacional sucede el mismo fenómeno. A partir de la creación de Naciones Unidas, se dio una evidente proliferación de Convenciones Internacionales, muchas de las cuales estaban destinadas a la protección de los derechos humanos. Existe una vasta normativa internacional que reconoce la obligación de los Estados de respetar y garantizar el derecho a la igualdad.⁴⁶ Las organizaciones internacionales más

⁴⁶ Asamblea General de Naciones Unidas; Declaración Universal de Derechos Humanos; Op. Cit.; artículos 1, 2, 7. Asamblea General de Naciones Unidas; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 16 de diciembre de 1966; artículos 2.1, 3, 26. Asamblea General de Naciones Unidas, Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales; 16 de diciembre de 1966; artículos 2.2, 3. Asamblea General de Naciones Unidas; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 21 de diciembre de 1965. Asamblea General de Naciones Unidas; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 19 de diciembre de 1979. Asamblea General de Naciones Unidas; Convención sobre los Derechos del Niño; 20 de noviembre de 1989; artículos 2.1, 2.2, 30. Asamblea General de Naciones Unidas; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 13 de diciembre de 2006; artículos 2, 3 incisos b), c), e) y g), 4 y 5. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo; Convenio No. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación); 25 de junio de 1958; artículos 1.1, 1.2, 2, 5. Asamblea General de Naciones Unidas; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes; 10 de diciembre de 1984; artículo 1. Conferencia General de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; 14 y 15 de noviembre de 1960. Consejo de Europa; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 4 de noviembre de 1950; artículo 14. Protocolo No. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 22 de noviembre de 1984; artículo 5. Protocolo No. 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 4 de noviembre de 2000; artículos 1.1 y 1.2. Parlamento, Consejo y Comisión de Europa; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; adoptada en Niza el 7 de diciembre de 2000; artículos 20, 21, 23. Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Unidad Africana; Carta Africana de Derechos Humanos 27 de julio de 1981; artículos 2, 3, 12.5, 13, 18.3, 18.4, 19, 22.1, 28. IX Conferencia Internacional Americana; Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre; 1948; artículo II; IX Conferencia Internacional Americana; Carta de la Organización de Estados Americanos; 1948; artículo 3 numeral I); Asamblea General de la Organización de Estados Americanos; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; 7 de junio de 1999; artículo II. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7-22 de noviembre de 1969; artículos 1 y 24; Asamblea General de la Organización de Estados Americanos; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17 de noviembre de 1988; artículo 3; Asamblea General de la Organización de Estados Americanos;

importantes han adoptado varios instrumentos internacionales que garantizan el derecho a la igualdad. Esto sucede en muchos de estos cuerpos en materia de derechos humanos, en los que se reconoce la igualdad de todos los hombres ante la ley y se declara que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar los derechos sin distinción o discriminación. En otros casos, se han adoptado tratados antidiscriminatorios especializados para la protección de ciertos grupos tradicionalmente vulnerados, como sucede en el caso de los grupos discriminados por su raza u origen étnico, las mujeres, las personas con discapacidad y niños.

El hecho de que se insista con tanto ahínco en normar de manera reiterada y en diversos cuerpos normativos el principio de igualdad y no discriminación refleja la noción de que sobre dicho principio descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y que efectivamente permea todo el ordenamiento jurídico.⁴⁷ También refleja que la igualdad efectiva entre las personas es una tarea pendiente de alcanzarse por parte de la comunidad global.

1.2.2 El principio de Igualdad como norma *jus cogens*

1.2.2.a Implicaciones del *jus cogens*

El alcance y concepto de las normas *jus cogens* se encuentra regulado en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴⁸ El primero de estos artículos establece que una norma que goza de esta categoría es una disposición imperativa del derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto, que no admite pacto en contrario y que por ende cualquier tratado que se le oponga será nulo desde su celebración. El artículo 64 determina que ante la aparición de una norma *jus cogens*, debe ceder cualquier tratado existente que se le oponga, por lo que se le considerará nulo. La característica más relevante de este

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; 9 de julio de 1994; artículo 6.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 23 de junio de 2005; Serie C No. 127, Párrafo 184. Corte IDH; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 24 de agosto de 2010; Serie C No. 214, Párrafo 269.

⁴⁸ Naciones Unidas; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; 23 de mayo de 1969; artículos 53 y 54.

tipo de normas es que son indelebles,⁴⁹ en el sentido que no se pueden derogar. Estas surgen como normas consuetudinarias del Derecho Internacional y no es posible apartarse del efecto de esta norma por medio de un tratado, sino que esto únicamente será factible en el caso de que se forme otra norma posterior, que tenga la misma categoría y que prescriba el efecto opuesto.⁵⁰

El hecho de que una norma posea esta naturaleza, entraña la consideración de que dicha norma se ha consolidado como uno de los valores más fundamentales de la comunidad internacional, y da a entender que representa un valor absoluto del cual nadie debe apartarse.⁵¹

Según el profesor Antonio Cassese, algunos de los efectos del *jus cogens* son los siguientes:⁵²

- Un efecto típico es que los Estados no pueden derogar dichas normas a través de tratados, y cualquier tratado o norma contrario a una norma *jus cogens* será nula, según se puede desprender de los artículos precitados.
- Es posible que un órgano jurisdiccional interprete alguna norma convencional con alcance dudoso, en un sentido coherente con la norma imperativa, y no viceversa.
- Deslegitima cualquier medida de carácter legislativo, administrativo o judicial que autorice un acto contrario a la norma imperativa.⁵³
- Posiblemente elimine la inmunidad de la cual goce un Estado respecto de otro.

Otro efecto particular de las normas *jus cogens* es que es irrelevante que sean protestadas, que se reconozcan y que exista o no aquiescencia en relación con ellas; tampoco la prescripción opera ante estas normas.⁵⁴

⁴⁹ Brownlie, Ian; **Principles of Public International Law**; New York, United States; Oxford University Press; 2003; sexta edición; página 488.

⁵⁰ Loc. Cit.

⁵¹ Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991; Fiscal v. Anto Furundzija; Caso No. IT-95-17/1-T; sentencia de 10 de diciembre de 1998, párrafo 155

⁵² Cassese, Antonio; **International Law**; United States; Oxford University Press; 2005; segunda edición; páginas 205-208.

⁵³ Ver también Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991; Fiscal v. Anto Furundzija; párrafo 155.

Algunas de las normas que se han considerado que integran el *jus cogens* son las de prohibición del uso de la fuerza por parte de los Estados, la autodeterminación de los pueblos, la prohibición del genocidio⁵⁵, la prohibición de la tortura⁵⁶ y, como se examina a continuación, el principio de igualdad y no discriminación.

1.2.2.b La inclusión del principio de igualdad en el *jus cogens*

Existen autores que se han referido a la prohibición de discriminación como una norma *jus cogens*.⁵⁷ Sin embargo, ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual se ha pronunciado de manera más elaborada en este respecto. En ese sentido se ha referido en reiteradas oportunidades al “*principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación*”⁵⁸ (subrayado propio). Asimismo, ha sostenido que “*En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens*”.⁵⁹ La Corte también ha considerado que una de las consecuencias del respeto al principio de igualdad implica que la obligación de no discriminar se extiende al derecho interno de los Estados partes de la CADH y que por virtud de la misma, los Estados se han comprometido a no introducir dentro de su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias.⁶⁰ Es en el ámbito del sistema interamericano de protección a los derechos humanos en el que sin duda se le ha

⁵⁴ Browlie, Ian; Op. Cit.; página 490.

⁵⁵ Loc. Cit.

⁵⁶ Tribunal Internacional para juzgar a los presunto responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991; Fiscal v. Anto Furundzija; Op. Cit. párrafo 154.

⁵⁷ Cassese, Antonio; Op. Cit. página 203. Brownlie, Ian; Op. Cit. página 489.

⁵⁸ Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, Párrafo 170. Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, Párrafo 141. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párrafo 286.

⁵⁹ Corte IDH; Opinión Consultiva Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003; Serie A No. 18, párrafos 100-101. Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, Párrafo 184. Corte IDH. Caso Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 79.

⁶⁰ Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, Párrafo 379.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17; párrafo 44.

concedido una especial importancia al principio de igualdad como una norma imperativo.

1.3 Diferentes tipos de igualdad y de discriminación

1.3.1 Concepto de discriminación

Se entiende por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, basada en determinados motivos como la raza, sexo, religión, preferencia política, idioma, color, la posición económica, la opinión, el nacimiento u otra condición social semejante, entre otros motivos, que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos de todas las personas.⁶¹

De este concepto podemos extraer que la discriminación sucede cuando se hace una distinción por un motivo no permitido que tiene como efecto negar un derecho, aun cuando esta no fuera la intención de la diferenciación realizada. Es por ello, que no toda distinción en el trato constituye un acto de discriminación, si dicha distinción responde a criterios objetivos, razonables y proporcionales.⁶²

1.3.2 Categorías sospechosas

Los términos categorías sospechosas, motivos prohibidos, criterios sospechosos o similar, hacen alusión a lo mismo. Se refieren a aquellas categorías de personas que históricamente han conducido a subvalorar o poner en desventaja a ciertos grupos de personas frente a otras.⁶³ Cuando una distinción se realiza sobre la base de uno de

⁶¹ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General No. 18; HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989). párr. 7. Asamblea General de Naciones Unidas; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Op. Cit; artículo 1.1.

⁶² Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184; párrafo 211. Comité de Derechos Humanos de la ONU, Caso Järvinen Vs. Finlandia, Sentencia de 15 de Agosto de 1990. párr. 6.4.

⁶³ Loc. Cit.

⁶³ Suárez Varón, Martín Leonardo; **El Principio de Igualdad en la Constitución y la Jurisprudencia constitucional**; Medellín, Colombia; Biblioteca Jurídica Diké;. 2006; página 77.

estos criterios, se deben proveer motivos de muchísimo peso para justificar dicha distinción.⁶⁴ Estas categorías pueden estar enunciadas expresamente en algunas constituciones o tratados internacionales en materia de derechos humanos que contienen cláusulas antidiscriminatorias. Sin embargo, no necesariamente deben estarlo y su enunciación se hace con propósitos ilustrativos y no de manera exhaustiva.⁶⁵ En muchos cuerpos normativos se proscribe la discriminación por motivos como la raza, género, origen nacional o “*cualquier otra condición social*”.⁶⁶ Estas cláusulas abiertas representan una reserva, en el sentido de que permiten y facilitan que en el futuro se incluyan nuevas formas de discriminación que pueden ser graves.⁶⁷ La legislación y la jurisprudencia suelen ocuparse de establecer qué categorías son consideradas motivos prohibidos y sus consecuencias prácticas. No obstante ello, los siguientes atributos son típicos de estas categorías y permiten identificarlos.⁶⁸

- Son rasgos permanentes, y representan un aspecto esencial de la identidad de las personas, por lo cual no es posible prescindir de estos rasgos.
- El grupo representado por dicha categoría ha sido históricamente discriminado por ese motivo.
- Constituyen una minoría, lo cual les impide tener una representación de peso en los órganos políticos del Estado, a efecto de hacer valer sus derechos.
- Los rasgos no constituyen, en sí mismos, criterios racionales para distribuir cargas y derechos en una sociedad.

Una distinción realizada sobre la base de estos motivos afecta directamente al ser humano, y no a las acciones que pueda realizar, lo cual representa una afectación a su identidad, ya que implicaría una modificación de un aspecto sustancial de las personas,

⁶⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos de América; *Korematsu v. Estados Unidos*, Sentencia de 18 de diciembre de 1944; 323 U. S. 214, 216.

⁶⁵ TEDH; *Caso Salgueiro Da Silva Mouta Vs. Portugal*. Sentencia de 21 de diciembre de 1999, párr. 28.

⁶⁶ Entre otras: Asamblea General de Naciones Unidas; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Op.Cit; artículo 2.1. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1.1; Cortes españolas; Constitución Española y sus reformas; Op. Cit.; artículo 14.

⁶⁷ Ruiz, Alfonso; Op. Cit.; página 54.

⁶⁸ Suárez Varón, Martín Leonardo; Op. Cit.; página 77 citando a la Corte Constitucional de Colombia. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Op. Cit. Nota al Pie 114, pág. 34. TEDH, *Caso Kiyutin Vs. Rusia*. Sentencia de 10 de marzo de 2011; párr. 63

lo cual es moralmente inaceptable.⁶⁹ Las categorías sospechosas merecen una protección especial, en virtud de que a pesar de que un sistema democrático implica que los órganos representativos están legitimados para tomar decisiones políticas en nombre de todos los ciudadanos, existen grupos que por ser una minoría no pueden participar efectivamente en los procesos políticos que les conciernen.⁷⁰

1.3.3 La diferencia entre el concepto de igualdad y el de no discriminación

Estos dos conceptos se encuentran íntimamente vinculados y se complementan,⁷¹ sin embargo, no son idénticos.⁷² De alguna manera, ambos conceptos expresan la misma idea, ya que el principio de igualdad manda a que lo igual sea tratado de manera igual y lo desigual sea tratado desigualmente, y si este mandato no se cumple es porque se ha producido una discriminación, salvo que la misma tenga una justificación objetiva y razonable.⁷³ Esta perspectiva ha sido adoptada por algunos autores, al considerar que ambas nociones se refieren a lo mismo, solo que expresado en términos positivos y en términos negativos respectivamente.⁷⁴

Otro enfoque sostiene que a pesar de que ambos conceptos son cercanos, es posible encontrar diferencias entre ellos. En ese sentido, se puede considerar que el principio general de igualdad ordena un trato igual a todos, desde la óptica tanto de la igualdad relativa como desde la óptica de la igualdad no relativa, proscribiendo cualquier trato irrazonable.⁷⁵ Por otro lado, el mandato antidiscriminatorio se caracteriza por ser una prohibición de distinguir con base en un prejuicio social descalificatorio y odioso, por

⁶⁹ Ruiz, Alfonso; Op. Cit.; página 54.

⁷⁰ Strauss, Marcy; "Reevaluating suspect classifications"; *Seattle University Law Review*; Volumen 35:135:2011; Estados Unidos, 2011; página 144.

⁷¹ O'Donnell, Daniel; **Protección Internacional de los Derechos Humanos**; Lima, Perú; Comisión Andina de Juristas; 1989; 2ª edición; página 376.

⁷² O'Donnell, Daniel; **Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano**; México D.F., México; Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Segunda edición. 2012; página 942.

⁷³ Arnardóttir, Oddny Mjoll. Op. Cit.; página 7

⁷⁴ Loc. Cit.

⁷⁵ Suárez Varón, Martín Leonardo; Op. Cit.; página 26.

motivo de un rasgo físico o cuasifísico que afecta de manera grave la dignidad del portador de dicho rasgo.⁷⁶

Por lo general, la normativa no suele referirse a este principio de manera integrada. Así sucede por ejemplo en la CADH,⁷⁷ la que establece en su artículo 24 que “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁷⁸ por ejemplo, se reconoce por un lado en su artículo 3 “(...) *la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos (...)*” y en su artículo 14 “(...) *que todas las personas son iguales ante los tribunales (...)*” y por separado en su artículo 24 “*Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...), a las medidas de protección*”. Aunque en el artículo 26 de dicho Pacto también se consagra este principio de manera integrada al establecer que “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.*” Nuestra Constitución⁷⁹ tiende a hacer alusión a los conceptos por separado. Así por ejemplo se refiere a la igualdad en sus artículos 4, 47, 102 literal c), y por otro lado a la discriminación en los artículos 19 literal a), 50, 69.

Ciertamente, el elemento de la igualdad es difícilmente separable de la no discriminación, ya que es en función del reconocimiento de la igualdad, es que se prohíbe la discriminación, y así estos conceptos juntos forman un principio básico y general en la protección de los derechos humanos:⁸⁰ el principio de igualdad y no discriminación.

⁷⁶ Loc. Cit.

⁷⁷ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Op. Cit.

⁷⁸ Asamblea General de Naciones Unidas; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Op. Cit.;

⁷⁹ Asamblea Nacional Constituyente; Constitución Política de la República de Guatemala y sus reformas; Op. Cit.

⁸⁰ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados; Op. Cit.; párrafo 83.

1.3.4 Igualdad formal e igualdad material

La igualdad formal consiste en dar un trato simétricamente igual a todas las personas.⁸¹ Esta perspectiva de la igualdad se basa en la aparente igualdad de todos los sujetos, sin una consideración exhaustiva del contexto o las circunstancias en las que aconteció el trato en cuestión.⁸² Es decir, que considera a las personas iguales absolutamente. Por ende, se erradica la discriminación formal en la medida en que un Estado consigue garantizar que tanto su ordenamiento jurídico, como sus prácticas y políticas no contienen una discriminación expresa.⁸³

Sin embargo, el concepto de anterior, por sí mismo, es insuficiente, ya que existe la necesidad de situar a ciertas personas o grupos, que se encuentran en situaciones especiales, al mismo nivel sustantivo que los demás, para garantizar no solo una igualdad formal o *de jure*, sino también una igualdad *de facto*.⁸⁴ Esta última, llamada también material o sustantiva, hace referencia a la noción de que las personas deben de ser tratadas según la situación en la que se encuentran; individuos diferentes deben tratarse de manera diferente.⁸⁵ Al respecto se pronunció la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso *Minister of Finance and others v. Van Heerden*:

“Esta noción sustantiva de la igualdad reconoce que además de las diferencias en los atributos de raza, clase y género de nuestra sociedad, existen otros niveles y formas de diferenciación social y sectores sistemáticamente menos privilegiados (...) Es por ello que incumbe a nuestras cortes realizar un escrutinio, en cada caso relativo a la igualdad, de la situación de los accionantes en la sociedad; la historia, naturaleza, y propósito de la práctica discriminatoria y si aplaca o acentúa la desventaja del grupo en

⁸¹ Arnardóttir, Oddny Mjoll. Op. Cit.; página 6.

⁸² The International Centre for the Legal Protection of Human Rights; **Non-Discrimination** in **International Law**; London, UK; Interights; 2011, edición del 2011; página 17

⁸³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación general No. 20; La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales; E/C.12/GC/20 (2009); párrafo 8.

⁸⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; Observación General N° 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; E/C.12/2005/4; párrafo 15.

⁸⁵ The International Centre for the Legal Protection of Human Rights; Op. Cit.; página 17.

*un contexto real, en función de determinar si es justa o no a la luz de los valores de nuestra Constitución.*⁸⁶

En el pasaje citado, la Corte Constitucional sudafricana matizó con éxito el alcance de la igualdad en su sentido material o sustantivo. La atención especial a los atributos de las personas y el contexto de la distinción es el elemento fundamental del concepto de igualdad sustantiva.

1.3.5 Discriminación indirecta

La discriminación directa sucede cuando un acto u omisión provoca que un individuo reciba un trato menos favorable que otro estando en situaciones similares, por alguno de los motivos prohibidos de discriminación⁸⁷, tal como la raza, sexo o género. Este tipo de discriminación se materializa cuando el propósito y efecto de una medida es excluir a cierto grupo de un derecho.

Por otro lado, la discriminación indirecta sucede cuando una norma o práctica que aparenta ser neutra, o no ofensiva, tiene consecuencias particularmente negativas en una persona o grupo determinado con ciertas características.⁸⁸ Una medida se considera neutral cuando parece ser válida, en el sentido de que es aplicable a todos.⁸⁹ La intención de discriminar no es un requisito para que se concrete la discriminación indirecta, ya que es posible que el emisor de la práctica o norma no esté consciente de las consecuencias prácticas de su aplicación.⁹⁰ Esta naturaleza de la discriminación indirecta exige que los Estados presten especial atención a las diferencias relevantes entre distintos grupos.⁹¹

⁸⁶ Corte Constitucional de Sudáfrica; Caso *Minister of Finance and Others v. Van Heerden* traducción propia, citado por The International Centre for the Legal Protection of Human Rights; op. Cit.; página 89.

⁸⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; Observación General No. 20; Op. Cit.; párrafo 10.

⁸⁸ Corte IDH; Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*; Op. Cit.; párrafo 286.

⁸⁹ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; *Karnel Singh Bhinder v. Canada*; CCPR/C/37/D/208/1986; párrafo 6.1.

⁹⁰ Loc. Cit.

⁹¹ The International Centre for the Legal Protection of Human Rights; Op. Cit.; página 18.

La discriminación indirecta tiene las siguientes consecuencias de carácter judicial-práctico:⁹² En primer lugar, concentra la atención en el individuo supuestamente discriminado, y no en el supuesto discriminador. Segundo, en virtud de que en este caso el objetivo perseguido a través del trato distinto es irrelevante, es más improbable que el Estado provea un motivo de peso que justifique dicha distinción, de tal manera, que, en algunos casos, es posible que una pretensión relativa a discriminación ante un alto tribunal se frustre bajo el alegato de discriminación directa, pero pueda tener éxito alegando discriminación indirecta. Por último, una reclamación de discriminación indirecta obliga a enfocarse en la supuesta víctima como un miembro de un grupo específico y no solo como un individuo. Esto provoca que las cortes que conocen el caso presten atención a la circunstancia especial de dicho grupo y no solo a las justificaciones subjetivas del presunto discriminador.

El caso de DH y otros v la República Checa,⁹³ ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es un caso que entraña discriminación indirecta. En él se alegaba que un número desproporcionadamente alto y sospechoso de niños de origen romaní (gitano) eran asignados a escuelas especiales, destinadas a niños con discapacidades y no a escuelas ordinarias. Esto repercutía en que posteriormente se les denegara a estos niños acceso a educación secundaria, por lo que se alegaba discriminación en el goce del derecho a la educación. El Tribunal Europeo resolvió que en los casos en que existen estadísticas que sugieren un trato discriminatorio, la carga de la prueba se invierte, por lo que corresponde al Estado comprobar que no existe discriminación y concluyó que una medida con efectos desproporcionalmente perjudiciales en un grupo determinado puede ocasionar discriminación indirecta, aunque no exista dicha intención.

A pesar de que la medida podía perseguir un fin legítimo, como la asignación de escuelas según las capacidades de los niños, y que la intención discriminatoria no

⁹² McCrudden, Christopher y Prechal, Sacha; **The concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach**; European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality; 2009; página 25.

⁹³ TEDH (Grand Chamber); Caso de DH y otros v. la República Checa; de 13 de noviembre de 2007.

estaba comprobada, los efectos prácticos de la medida se consideraron altamente perjudiciales.

1.3.6 Discriminación inversa y acción afirmativa

Cuando existe una situación de discriminación sustantiva, puede ser necesario adoptar medidas especiales de carácter temporal, que establezcan tratos preferenciales específicos a favor de los miembros de grupos históricamente desfavorecidos, los cuales serán legítimos si suponen una distinción objetiva, razonable y proporcional en función de la erradicación de dicha discriminación.⁹⁴ Su objetivo es reducir o eliminar las condiciones que producen que se origine y perpetúe la discriminación.⁹⁵

La discriminación inversa y la acción afirmativa son conceptos que guardan similitud. El primero de estos es una manifestación extrema que introduce una desigualdad para obtener una mayor igualdad como resultado.⁹⁶ El concepto de acción afirmativa hace referencia a *“políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan”*.⁹⁷ La Corte Constitucional de Colombia ha determinado que la utilización de ambos tipos de medidas serán válidas cuando concurra lo siguiente: a) que efectivamente se aplique la medida en un contexto de discriminación; b) la medida debe ser razonable y proporcional; c) las acciones afirmativas deben ser temporales, durando el tiempo necesario para que sea alcanzada la igualdad material.⁹⁸ No obstante lo último, también es posible que las medidas empleadas deban tener un carácter más bien permanente, como sucede en el caso de los servicios de interpretación para miembros de minorías lingüísticas.⁹⁹

Las particularidades que distinguen estos dos conceptos son los siguientes: 1) la discriminación inversa tiene en consideración rasgos tradicionalmente discriminatorios,

⁹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; Observación General No. 20; Op. Cit.; párrafo 9.

⁹⁵ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General No. 18, Op. Cit. párrafo 10.

⁹⁶ Ruiz Miguel, Alfonso; Op. Cit.; página 79.

⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371/00; 29 de marzo de 2000.

⁹⁸ Loc. Cit.

⁹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; Observación General No. 20; Op. Cit.; párrafo 9.

llamadas también motivos prohibidos o categorías sospechosas, como por ejemplo la raza o el sexo; y 2) la discriminación inversa se aplica en situaciones de especial escasez.¹⁰⁰ De tal manera que medidas como la progresividad de ciertos impuestos y la pensión a jóvenes estudiantes, son acciones afirmativas porque revisten beneficios de carácter social en un contexto no necesariamente de escasez. Por otro lado, la asignación de cuotas para cargos públicos a mujeres o pertenecientes a una minoría étnica, encajaría más como una política de discriminación inversa, debido a que otorga ventaja a grupos históricamente discriminados y porque existe una cantidad limitada de puestos a asignar.

Es posible que el fracaso de corregir estas situaciones de desigualdad por parte del Estado, sea en sí mismo una violación al derecho a la igualdad.¹⁰¹ La posición vulnerable de un determinado grupo puede implicar, en ocasiones, la obligación positiva del Estado de medidas afirmativas.¹⁰²

1.3.7 Discriminación sistemática o estructural

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que en algunos casos *“la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros”*.¹⁰³ Esta situación es constitutiva de discriminación sistemática. Para combatir este fenómeno, se vuelve necesario promover leyes, políticas y programas de acciones de discriminación inversa; fomentar un sistema que, mediante incentivos y sanciones, tienda a modificar la actitud de actores públicos y privados frente al grupo discriminado; impulsar programas que creen

¹⁰⁰ Ruiz Miguel, Alfonso; Op. Cit.; página 79. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371/00; 29 de marzo de 2000.

¹⁰¹ TEDH; Caso de Stec y Otros v. el Reino Unido; 12 de abril de 2006; párrafo 51.4

¹⁰² TEDH; Caso Chapman v. El Reino Unido; 18 de enero de 2011; párrafo 96.

¹⁰³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; Observación General No. 20; Op. Cit.; párrafo 12.

conciencia entre la población; asegurarse que los funcionarios observen de manera plena la normativa aplicable en materia de discriminación.¹⁰⁴

1.3.8 Discriminación en el ámbito privado

Es común que la discriminación tenga lugar en ámbitos privados como la familia, el trabajo,¹⁰⁵ y comercios en general como restaurantes, discotecas y tiendas. Es por ello que los Estados no deben únicamente abstenerse de crear situaciones de desigualdad, sino además, tienen la obligación positiva de revertir o cambiar situaciones de discriminación en sus sociedades.¹⁰⁶ Asimismo, tampoco es excusable que estos incumplan su obligación internacional de garantizar la igualdad bajo el argumento de que cierto acto de discriminación ocurrió en el ámbito privado, en el cual el no tienen injerencia, ya que los Estados tienen la responsabilidad de velar para que las personas sometidas a su jurisdicción no sean objeto de discriminación alguna.¹⁰⁷ A ese respecto, los referidos entes deben emitir legislación que tenga como propósito el desincentivo de los particulares a cometer actos de discriminación.¹⁰⁸

¹⁰⁴ *Ibíd.*; párrafo 39.

¹⁰⁵ *Ibíd.*; párrafo 11.

¹⁰⁶ Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; párrafo 178.

¹⁰⁷ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; caso Nahlík c. Austria; CCPR/C/57/D/608/1995 (1996); párrafo 8.2.

¹⁰⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; Observación General No. 20; Op. Cit.; párrafo 37.

Capítulo 2: El valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho

2.1 Sobre la jurisprudencia en general

2.1.1 Definición y función de la jurisprudencia

Por jurisprudencia podemos entender, según el profesor García Máynez, *“el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales”*.¹⁰⁹ Por otro lado, Ezequiel Guerrero, citado por Carbonell, sostiene que la jurisprudencia consiste en *“la interpretación que hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los supuestos de conflicto que se someten a su conocimiento”*.¹¹⁰ Carbonell elabora su propia definición de jurisprudencia, según el derecho mexicano, en los siguientes términos: *“la jurisprudencia (...) es la norma general y abstracta, emitida en principio por los órganos del Poder Judicial Federal competentes, generalmente en sus resoluciones de carácter jurisdiccional, con la finalidad de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, que reuniendo ciertos requisitos y condiciones se vuelve obligatoria para los demás casos o situaciones semejantes que se presenten ante los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía a aquellos que la emiten”*.¹¹¹ El autor Felipe Clemente de Diego, al respecto, establece que la jurisprudencia *“es el arte bien difícil de aplicar el derecho al hecho, es decir, de poner la ley en acción, de restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses y en la variedad de las relaciones sociales”*.

De estos conceptos deviene la afirmación de que la jurisprudencia es la consecuencia de la aplicación del derecho, y que la misma necesariamente emana de los encargados

¹⁰⁹ García Máynez, Eduardo; **Introducción al Estudio del Derecho**; México; Editorial Porrúa; 1989; 40ª Edición; página 68.

¹¹⁰ Carbonell y Sánchez, Miguel; “Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano”; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; número 87; Nueva Serie Año XXIX; México; septiembre – diciembre 1996; página 8. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/carbonell-sobre-el-concepto-de-jurisprudencia.pdf> . Consultado el 29 de julio de 2014. Este artículo es un examen de la jurisprudencia en el derecho mexicano, no obstante ello, sus consideraciones son aplicables de manera general a la mayoría de países que poseen una tradición jurídica romano-canónica.

¹¹¹ *Ibíd.* Páginas 8 y 9.

de conocer y resolver conflictos, es decir, de los tribunales u órganos jurisdiccionales. La función jurisdiccional de los tribunales, cuando emiten resoluciones, no se limita a ser una cuestión declarativa, al únicamente verificar y declarar la aplicación del derecho ya existente, sino que es un acto creativo y tiene carácter constitutivo del derecho,¹¹² puesto que son las decisiones judiciales las únicas que pueden determinar con plenitud y eficacia las consecuencias jurídicas de una determinada conducta. En ese mismo sentido, el derecho no puede circunscribirse únicamente a ser la aplicación automática de preceptos ya dados, sino que es toda una práctica argumentativa racional, lo cual no vulnera el principio democrático y la legitimidad legislativa de crear normas, en virtud de que las relaciones complejas que se dan todos los días en las sociedades modernas exigen que los jueces determinen las dimensiones concretas del derecho ya que es imposible que los órganos legislativos representativos puedan prever soluciones pacíficas para todos los casos posibles.¹¹³

Es debido a que la jurisprudencia ostenta esta función creadora del derecho, que la misma es incluida como fuente de derecho en una gran cantidad de Estados. Si la jurisprudencia no aportara más de lo que ya establece la ley, no tendría sentido incluirla como tal, ya que tanto la una como la otra serían idénticas. Algunos Estados le otorgan mucha mayor fuerza que otros en el sistema de fuentes, lo cual depende fundamentalmente de la tradición jurídica que impere en el Estado, ya sea que ésta sea romano-canónica o anglosajona.

2.1.2 Las dos doctrinas principales relativas a la jurisprudencia

Existen dos doctrinas principales en relación a la jurisprudencia como fuente derecho. La primera de ellas que se examina es la doctrina denominada *stare decisis*. Esta doctrina se aplica en el derecho de los países de tradición anglosajona, o de *common law*. Se ha señalado que esta primera doctrina constituye un elemento distintivo

¹¹² Kelsen, Hans; **Teoría Pura del Derecho**; Buenos Aires, Argentina; Editorial Eudeba; 2009; 4ª edición; página 119.

¹¹³ Corte Constitucional de Colombia; Acción pública de inconstitucionalidad; sentencia C-634/11; párrafos 11.1 y 11.2.

principal entre la tradición anglosajona y la tradición jurídica romano-canónica y que sus principales características son las siguientes:¹¹⁴

- El precedente judicial posee naturaleza coercitiva. Los efectos del precedente no tienen naturaleza persuasiva, sino obligatoria. El precedente, en sí mismo, es derecho y no evidencia del mismo, como pudiera suceder en la tradición civilista o romano-canónica.
- Un solo precedente tiene la suficiente autoridad para generar el deber de ser observado plenamente en el futuro y es obligatorio. De esa cuenta, no existe la necesidad de que el mismo criterio sea repetido cierta cantidad de veces, en distintos fallos, pero en el mismo sentido por un determinado tribunal.

Es por ello, que en el derecho anglosajón la figura del juez ostenta una admirable investidura. En los países que adoptan esta tradición jurídica un juez merece un respeto extraordinario y se le considera un héroe cultural, ya que los grandes forjadores de esa tradición jurídica han sido jueces que resultaron famosos por sus razonamientos y que han dejado un legado, precisamente a través de la doctrina del *stare decicis*.¹¹⁵ Esto no sucede en la tradición del derecho civil, en virtud de que durante la Revolución Francesa, cuyos logros son los pilares de la antedicha tradición jurídica, se persiguió limitar el poder de la judicatura, ya que esta era integrada por la aristocracia y la misma abusó de su potestad juzgadora.¹¹⁶

Por otro lado, existe la doctrina de la *Jurisprudence constante*, la cual ha sido ampliamente desarrollada en Lousiana, Estados Unidos. Este Estado tiene la particularidad de que se rige por un sistema civilista, no obstante pertenecer y estar geográficamente inmerso en una nación de corriente jurídica tradicionalmente anglosajona. La Corte Suprema de este Estado ha declarado que dentro de esta doctrina, a diferencia del *stare decicis*, no se forja un precedente vinculante por la existencia de un caso aislado; sin embargo, ello no obsta de que al existir una larga

¹¹⁴ Iuristec; Gramajo Castro, Juan Pablo; Jurisprudencia y doctrina legal: el derecho judicial en Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Articulo:0001> , consultado el 30 de julio de 2014.

¹¹⁵ Merryman, John Henry; **La tradición jurídica romano-canónica**; traducción de Carlos Sierra; México; Fondo de Cultura Económica; 2008; 2ª edición; página 72.

¹¹⁶ *Ibíd.*; página 41.

línea de casos que han aplicado reiteradamente un criterio jurídico, estas decisiones adquieran la categoría de *jurisprudence constante*, lo cual merece gran consideración por parte de los tribunales en casos posteriores.¹¹⁷ Esta doctrina propone, por ende, que cuando un número considerable de precedentes se hayan decidido de la misma forma, lo deseable es que se respete ese criterio y se decida conforme a ello, sin que esto sea obligatorio. Sobre esa base, se debe afirmar que el valor de la línea de precedentes es meramente de carácter persuasivo, lo que significa que las cortes tienen la libertad de modificar o corregir o modificar sus criterios, bajo la advertencia de procurar observar los criterios sentados a través de la *jurisprudence constante*.¹¹⁸

Esta doctrina no suele adoptarse de manera expresa por parte de los tribunales. Es posible que en muchas jurisdicciones de derecho civil exista un gran respeto por los precedentes uniformes de los tribunales superiores, aunque no sean de carácter vinculante, pero no se suele reconocer esta observancia como una aplicación de la *jurisprudence constante*. Aunque en los Estados que han adoptado la tradición jurídica romano-canónica se diga que las decisiones judiciales no suelen ser fuente de derecho, porque en ese caso se violaría la potestad legislativa de crear normas, los hechos son diferentes, ya que en la práctica los jueces suelen verse muy influidos por decisiones anteriores,¹¹⁹ sobre todo si provienen de un tribunal superior. En estos casos, si el juez adopta un precedente, no lo hace porque lo considere obligatorio. Puede hacerlo porque esté convencido del razonamiento aplicado con anterioridad, por pereza de analizar por separado el conflicto, por temor a una revocación de la decisión en segunda instancia, pero no por un sentido de obligatoriedad.¹²⁰

Un tribunal que ha aplicado abiertamente la doctrina de la *jurisprudence constante* es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Debe hacerse la salvedad de que en el derecho internacional la jurisprudencia como fuente de derecho opera de manera distinta a como lo hace en el derecho civil o en el derecho anglosajón, como se profundizará más adelante.

¹¹⁷ Gramajo Castro, Juan Pablo; Op. Cit. citando a Legarre.

¹¹⁸ Loc. Cit.

¹¹⁹ Merryman, John Henry; Op. Cit.; página 54.

¹²⁰ Loc. Cit.

La Corte Interamericana ha hecho incontables referencias a su jurisprudencia constante. Lo ha hecho al establecer que según su jurisprudencia constante, el delito de desaparición forzada es de naturaleza continua y pluriofensivo.¹²¹ Lo ha hecho, asimismo, al establecer que el derecho a un recurso comprende el derecho a que ese recurso sea adecuado y efectivo.¹²² Ha establecido que en su jurisprudencia constante se ha hecho alusión en repetidas ocasiones a la libertad de expresión como un derecho angular en una sociedad democrática.¹²³ Ha reconocido como parte de su jurisprudencia constante que ninguna ley o disposición del derecho interno, incluyendo las atinentes a amnistías y reglas de prescripción, pueden impedir que un Estado investigue y sancione a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos.¹²⁴ Cuando reconoce estas líneas uniformes de su jurisprudencia, la Corte suele citar los casos específicos en los que se ha aplicado dichos criterios como una muestra de que no solo se respeta el precedente, sino que se refuerza con la aplicación del mismo en un nuevo caso.

No obstante, y de conformidad con la doctrina de la *jurisprudence constante*, estos precedentes no son absolutamente invariables. Una muestra de ello, es la evolución que ha tenido la doctrina del principio del plazo razonable desarrollado por la Corte de marras. En un principio, la Corte estableció que eran tres los elementos que se debían tomar en cuenta para determinar si se ha cumplido con la prescripción del artículo 8 de la CADH de ser oído por un juez dentro de un plazo razonable. Estos elementos eran: a) la complejidad del caso; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales que estaban llamadas a pronunciarse.¹²⁵ Estos criterios se emplearon en los sucesivos casos que conoció el Tribunal Interamericano relativos al plazo razonable. A pesar del alto grado de consideración que la Corte tiene respecto de sus propios precedentes en una materia determinada, posteriormente amplió los

¹²¹ Corte IDH; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212; párrafo 81.

¹²² Corte IDH; Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228; párrafo 91.

¹²³ Corte IDH; Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207; párrafo 47.

¹²⁴ Corte IDH; Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147; párrafo 201.

¹²⁵ Corte IDH; Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua; Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30; párrafo 77.

elementos que componen el examen de la razonabilidad del plazo. Actualmente, los elementos son cuatro, y además de los tres ya indicados, ha sido agregado un último elemento: d) la afectación en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.¹²⁶

De estas consideraciones se desprende que a pesar de sus diferencias, existen ciertas similitudes en la aplicación práctica de estas dos teorías. En ambas doctrinas existe un nivel mínimo de deferencia hacia las decisiones judiciales previas, especialmente si provienen de un tribunal superior.¹²⁷ Asimismo, en ambos casos existen mecanismos que permiten resolver un asunto variando el precedente existente en una materia,¹²⁸ ya sea porque el precedente no obliga o porque puede recurrirse el asunto hasta un tribunal que tenga la autoridad para revertir el precedente. Sin embargo, cuando esto suceda una Corte de tradición civilista lo hará con base en un error de razonamiento realizado en el caso anterior, mientras que una Corte de *common law* probablemente lo haga argumentando que la resolución es una nueva interpretación del ya sentado precedente.¹²⁹

2.2 El valor de la jurisprudencia como fuente de derecho en Guatemala

2.1.2 El valor formal de la jurisprudencia en Guatemala

La jurisprudencia como fuente de derecho en el ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra regulada en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial. En dicho artículo se establece:

“Artículo 2. Fuentes del derecho.

La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará.

¹²⁶ Corte IDH; Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas; sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237; párrafo 273.

¹²⁷ Dunahoe, Jason, Edwin; "Jurisprudence Désorientée:" The Louisiana Supreme Court's Theory of Jurisprudential Valuation, *Doerr v. Mobil Oil and Louisiana Electorate of Gays and Lesbians v. State*"; *Louisiana Law Review*; Volume 64, number 3; Estados Unidos; primavera 2004; página 690.

¹²⁸ Loc. Cit.

¹²⁹ Loc. Cit.

La costumbre regirá sólo en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada".¹³⁰

De esta redacción se desprende claramente el valor principal de la legislación en nuestro sistema de fuentes. Sin embargo, la consideración de la jurisprudencia como fuente complementaria del derecho probablemente responda a un reconocimiento de la importancia del ejercicio de la función jurisdiccional e implica que la jurisprudencia efectivamente puede formar derecho, ya que por complemento se entiende aquello que se añade a otra cosa.¹³¹ En este caso, esta redacción sugiere que la jurisprudencia, junto con la ley, y en su caso la costumbre, forman el derecho de manera conjunta, y no lo hace exclusivamente la ley.

La jurisprudencia es obligatoria cuando constituye doctrina legal. Esto sucede en el caso de que se alegue como un motivo de casación de fondo, según el artículo 621 del Código Procesal Civil y Mercantil que determina que "*Se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos*".¹³²

También es posible que se forme doctrina legal según el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. Esta disposición establece: "*La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido*".¹³³

¹³⁰ Congreso de la República de Guatemala; Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 y sus reformas.

¹³¹ Gramajo Castro, Juan Pablo; Op. Cit.

¹³² Jefe de Gobierno de la República de Guatemala; Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107 y sus reformas.

¹³³ Asamblea Nacional Constituyente; Ley de Amparo, Exhibición Persona y de Constitucionalidad, Decreto 1-86.

Según estas disposiciones, la jurisprudencia en general tiene un carácter secundario como fuente de derecho, salvo que constituya doctrina legal, formada según los artículos citados. Pueden surgir muchísimas interrogantes en cuanto al alcance de la jurisprudencia y doctrina legal, los cuales no se pretenden abordar en este trabajo pero que ya han sido considerados en otras investigaciones.¹³⁴

El pensamiento imperante en Guatemala es que la ley es la fuente del ordenamiento jurídico por excelencia, lo cual si bien es cierto parece desprenderse del artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, es una idea que ha sido refrendada por los sectores que promueven la idea de que el derecho es un conjunto de normas cuya observancia puede imponer coactivamente el Estado; y considerar la jurisprudencia como fuente de derecho parecería violar la separación de poderes según la cual el Congreso emite normas, y son los Tribunales los encargados de obligar coactivamente su cumplimiento.¹³⁵

2.2.2 El valor implícito de la jurisprudencia en Guatemala

A pesar de esta tendencia que concibe a la ley como la fuente primigenia del ordenamiento jurídico y espera que los juzgadores sean simples operadores del derecho, en Guatemala, como en Latinoamérica esta teoría no aplica con exactitud ya que el juez tiene un papel muy relevante como creador jurídico, al pronunciar el derecho que dirime una controversia.¹³⁶ Los tribunales guatemaltecos comúnmente hacen referencia de manera implícita al valor de las decisiones judiciales.

Es frecuente que, para justificar sus sentencias, los órganos jurisdiccionales citen criterios establecidos en precedentes aislados, que no forman doctrina legal, en la parte considerativa de sus resoluciones. Y aunque estos precedentes efectivamente formaran doctrina legal, no se citan como tal, sino se invocan los expedientes de manera separada. Como ejemplo de esta común práctica, es posible citar, entre otros

¹³⁴ Gramajo Castro, Juan Pablo; Op. Cit.

¹³⁵ Loc. Cit.

¹³⁶ Loc. Cit. Citando a Sánchez Gil.

tribunales, a la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil,¹³⁷ la Sala Cuarta del Tribunal del Contencioso Administrativo,¹³⁸ la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social¹³⁹ y a la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Familia.¹⁴⁰ Es evidente que estos tribunales no harían referencia a estos precedentes si nos les reconocieran autoridad en sí mismos. Es decir, que se le reconoce valor a la jurisprudencia aunque ésta no sea obligatoria, es decir, constitutiva de doctrina legal.

La Corte Suprema de Justicia ha adoptado la misma práctica, al basar sus resoluciones en criterios emitidos en sentencias de la Corte de Constitucionalidad e incluso invocando criterios de la misma Corte Suprema, que se aluden de manera separada, por lo cual no se invocan en calidad de doctrina legal.¹⁴¹ La Corte de Constitucionalidad ha hecho lo mismo al utilizar como referencia sentencias propias que no forman doctrina legal.¹⁴² La Corte de Constitucionalidad también suele referirse a su jurisprudencia utilizando frases como “[r]eiterada jurisprudencia de esta Corte ha sostenido (...)”¹⁴³ o “(...) es jurisprudencia de esta Corte que (...)”,¹⁴⁴ lo cual nos indica que tanto la Corte de Constitucionalidad como la Corte Suprema de Justicia reconocen

¹³⁷ Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil; expediente 01009-2012-00267, sentencia del cinco de septiembre de 2013.

¹³⁸ Sala Cuarta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; expediente 1144-2011-0038; sentencia del 1 de abril de 2011.

¹³⁹ Sala Tercera de la Corte de Apelaciones y Previsión Social; expediente 01022-2013-00004, sentencia de 16 de septiembre de 2013.

¹⁴⁰ Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Familia; expediente 01014-2011-00007; sentencia del 15 de marzo de 2011.

¹⁴¹ Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20120412-0003-01002-2011-00028>. Consultado el 31 de julio de 2014. Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20110503-0003-01002-2010-00351>. Consultado el 31 de julio de 2014.

¹⁴² Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20090129-0000-3832-2007>. Consultado el 31 de julio de 2014. Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20050824-0000-795-2005>. Consultado el 31 de julio de 2014. Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20100217-0000-4359-2009>. Consultado el 31 de julio de 2014. Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20030707-0000-559-2003>. Consultado el 31 de julio de 2014.

¹⁴³ Corte de Constitucionalidad; amparo en única instancia, expediente 2559-2007; Gaceta No. 87, sentencia de 27 de febrero de 2008.

¹⁴⁴ Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20080605-0000-3846-2007>. Consultado el 31 de julio de 2014.

a la jurisprudencia en su sentido amplio como fuente de derecho, y no sólo aquella que integra doctrina legal.

Asimismo, existe un particular e interesante escenario en el cual la misma legislación prescribe claramente que se observe la jurisprudencia. Esto ocurre en virtud del artículo 98, numeral 12 del Código Tributario.¹⁴⁵ Dicho artículo establece que es una atribución de la Superintendencia de Administración Tributaria “*Velar porque las actuaciones se resuelvan en conformidad con criterios administrativos o jurisdiccionales firmes, basados en ley, dictados en casos similares, a fin de lograr unificación de criterios y economía procesal.*” Respecto al referido artículo se ha pronunciado la Sala Cuarta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en diversas y repetidas ocasiones. En uno de esos casos se le compele a la Administración Tributaria a que no emita ajustes en casos en los que la Sala Segunda, Tercera y Cuarta de lo Contencioso Administrativo ya se han pronunciado indicando que dicho ajuste no procede.¹⁴⁶ Esta Sala ha llamado la atención del ente recaudador tributario mandándole a observar las decisiones jurisdiccionales existentes a efecto de garantizar el principio de economía procesal. Este criterio ha sido sustentado en los casos 01144-2012-00032,¹⁴⁷ 01144-2012-00071,¹⁴⁸ 01144-2010-00043,¹⁴⁹ entre muchos otros.

En fin, es posible constatar que en la práctica judicial efectivamente se otorga valor, aunque con límites, a la jurisprudencia como fuente de derecho. Esto es consecuencia de que los textos carecen de un sentido único y evidente, sino que sólo dan lugar a disposiciones que sólo tienen significado si previamente han sido objeto de un proceso de interpretación.¹⁵⁰ Las normas no se dan sentido a sí mismas, sino requieren de intérpretes (jueces) que señalan les den significado preciso.

¹⁴⁵ Congreso de la República de Guatemala; Código Tributario, decreto 6-91 y sus reformas.

¹⁴⁶ Sala Cuarta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; expediente 01144-2010-00073, sentencia de 3 de septiembre de 2010.

¹⁴⁷ Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20120920-0006-01144-2012-00032>. Consultado el 31 de julio de 2014.

¹⁴⁸ Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20130305-0006-01144-2012-00071>. Consultado el 31 de julio de 2014.

¹⁴⁹ Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20100625-0006-01144-2010-00043>. Consultado el 31 de julio de 2014.

¹⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia; sentencia C-634/11, acción pública de inconstitucionalidad; párrafo 11.

2.3 La jurisprudencia internacional como fuente de derecho

2.3.1 La jurisprudencia internacional como fuente de derecho en el derecho internacional

El artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia determina textualmente lo siguiente:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.”¹⁵¹

A pesar de que este artículo expresa los mecanismos para que la Corte cumpla sus funciones y realmente no enumera las fuentes del derecho de manera clara, generalmente es aceptado que dicho artículo establece de manera completa cuales son las fuentes del derecho internacional en general.¹⁵²

Es evidente que el inciso c) de dicho artículo le otorga a la jurisprudencia un rol secundario en el sistema de fuentes que utiliza la Corte Internacional. Esto se confirma con lo dispuesto en el artículo 59 del Estatuto,¹⁵³ el cual determina que las decisiones de la Corte sólo son vinculantes para las partes en conflicto y en relación con el caso específico decidido. La redacción de este último artículo no sólo se limita a expresar que las decisiones de la Corte tienen fuerza de cosa juzgada, sino que pretende indicar que se descarta el sistema del precedente obligatorio¹⁵⁴ que se aplica en el *stare*

¹⁵¹ Asamblea General de Naciones Unidas; Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; adoptada en San Francisco, Estados Unidos el 24 de octubre de 1945.

¹⁵² Brownlie, Ian. Op. Cit.; página 5.

¹⁵³ Asamblea General de Naciones Unidas; Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; Op. Cit.

¹⁵⁴ Brownlie, Ian. Op. Cit.; página 20 y 21.

decicis. Según la selección de palabras del artículo 59, la Corte tiene la función de decidir los casos que son de su conocimiento y no moldear o definir el derecho a través de su jurisprudencia.¹⁵⁵

A pesar de esta prohibición de otorgar valor obligatorio al precedente, la Corte Internacional de Justicia cita sus propios precedentes, en reconocimiento de su valor altamente persuasivo y es común que la Corte se apegue a sus anteriores criterios, dotando de certeza y predictibilidad el desarrollo del derecho internacional.¹⁵⁶ Existen muchísimos casos en los que la Corte ha razonado sus sentencias fundamentándose en casos previos.¹⁵⁷ Esto sucede también con absoluta normalidad en el resto de tribunales internacionales como por ejemplo en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar,¹⁵⁸ la Corte Europea de Justicia,¹⁵⁹ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶⁰ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶¹.

Incluso, las decisiones judiciales de los tribunales nacionales, especialmente de sus más altas cortes, pueden tener valor en el derecho internacional como evidencia indirecta de la práctica de un estado o pueden contener un desarrollo valioso de un punto de derecho determinado.¹⁶²

2.3.2 La jurisprudencia internacional como fuente de derecho en el derecho interno de un Estado

En principio, sobre la cuestión del valor de la jurisprudencia internacional como fuente de derecho interno, aplica la ya citada contenida en el artículo 59 del Estatuto de la

¹⁵⁵ *Ibíd.*; página 20.

¹⁵⁶ Malone, Linda; **International Law**; Estados Unidos; Aspen publishers; 2008; página 26.

¹⁵⁷ Como ejemplo ver, entre muchos otros International Court of Justice; Whaling in the Antarctic, (Australia v. Japan: New Zealand intervening), judgement of march 31, 2014; párrafos 36, 39. International Court of Justice; Frontier dispute, (Burkina Faso/Niger), judgement of april 16, 2013; párrafos 45, 48, 63.

¹⁵⁸ International Tribunal for the Law of the Sea; THE M/V “VIRGINIA G” CASE (PANAMA/GUINEA-BISSAU); judgement of april 14 2014; párrafo 226 y 227.

¹⁵⁹ Corte Europea de Justicia (Sala Quinta); Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) nº 44/2001– Órgano jurisdiccional competente – Competencias especiales en “materia contractual” y en “materia delictual o cuasidelictual, asunto C-147/12 de 18 de julio de 2013; párrafos 24 y 27.

¹⁶⁰ TEDH; Caso Aliyeva y Aliyev v. Azerbaiyán, sentencia de 31 de julio de 2014; párrafos 58 y 62.

¹⁶¹ Corte IDH; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279; párrafo 270.

¹⁶² Brownlie, Ian. *Op. Cit.*, página 22.

Corte Internacional de Justicia. Como se estableció *supra*, esta regla prescribe que en el derecho internacional, el precedente no obliga a otros Estados a observar aquello establecido en él, ya que las decisiones emitidas dentro de un litigio internacional sólo obligan a los Estados en disputa y en el caso específico en que se está litigando. Esta norma, reitera el valor no obligatorio de la jurisprudencia para los Estados.

No obstante ello, la jurisprudencia, especialmente cuando ha sido reiterada por los tribunales internacionales, suele reflejar la interpretación de determinadas normas convencionales, o la enunciación de la costumbre internacional. Los Estados se encuentran impedidos de anteponer su derecho interno al derecho internacional, según el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁶³ Por ello es que, aunque la jurisprudencia no es obligatoria en sí misma, sí puede contener parámetros de observancia para los Estados.

Esto se materializa de manera especial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de los Estados que han reconocido su jurisdicción. La Corte Interamericana ha desarrollado la teoría del “control de convencionalidad”. Esta teoría establece que los Estados tienen la obligación de confrontar los actos ocurridos dentro del marco de su ordenamiento jurídico interno respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶⁴ y la interpretación que de ella ha realizado la Corte IDH,¹⁶⁵ a efecto de armonizar los primeras en relación con las segundas.¹⁶⁶ La obligación referida tiene asidero en el artículo 2 de la CADH que establece que los Estados deben adoptar las medidas legislativas o de otro carácter correspondientes, a efecto de garantizar las libertades que la CADH reconoce.¹⁶⁷ Ésta es una expresión de la norma consuetudinaria que prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio

¹⁶³ Naciones Unidas; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; Op. Cit.; artículo 27.

¹⁶⁴ García, Sergio; Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en Corte IDH; Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párrafo 7.

¹⁶⁵ Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202.

¹⁶⁶ Cançado Trindade, A.A; Voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade en Corte IDH; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros). Vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174, párr. 11.

¹⁶⁷ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Op. Cit.; artículo 2.

internacional debe introducir en su ordenamiento jurídico las modificaciones necesarias para respetar las obligaciones contraídas,¹⁶⁸ la cual se encuentra reconocida de manera más general en el referido artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concerniente a que un Estado no puede invocar su derecho interno para incumplir obligaciones internacionales.

De lo anterior se desprende que los Estados deben interpretar y aplicar su derecho interno en función de la obligación general contenida en el artículo 2 de la CADH.¹⁶⁹ Partiendo de la base de que la Corte IDH es la intérprete por excelencia de la CADH, según sus mismas disposiciones,¹⁷⁰ la teoría del control de convencionalidad pareciera indicar que los Estados cumplen con el artículo 2 de la CADH en la medida en que observan lo que ha dispuesto la Corte en diferentes ocasiones a través de su jurisprudencia. El valor material que tiene la jurisprudencia internacional tiene mucho mayor peso si la cuestión llega al conocimiento de un tribunal internacional, y aún más si es ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.4 Los beneficios que posee la jurisprudencia como fuente de derecho ante otras fuentes

Como ha sido establecido, tanto en el Derecho Internacional como en la normativa interna de los Estados que poseen tradición jurídica romano-canónica ha existido una preferencia por privilegiar la legislación frente a la jurisprudencia formalmente. Sin embargo, la práctica común de los tribunales suele consistir, o es deseable que consista, en decidir casos semejantes en términos semejantes, de manera similar a como se hace en la doctrina del *stare decicis*,¹⁷¹ desde la doctrina conocida como *jurisprudence constante*. Se ha trasladado una cuota significativa de poder de la legislatura a la judicatura, matizando los dogmas de la supremacía legislativa y la separación estricta de los poderes del Estado, a través de facultades como la revisión

¹⁶⁸ Corte IDH, Caso la Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 170.

¹⁶⁹ Corte IDH; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209; párr. 338.

¹⁷⁰ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Op. Cit; artículos 62.1, 62.3, 64.1.

¹⁷¹ Merryman, John Henry; Op. Cit.; página 274.

de constitucionalidad de leyes y la revisión judicial de los actos administrativos, fenómeno que se acelera dentro del mundo del derecho civil.¹⁷² El modelo del juez del siglo XVIII que ideó Montesquieu, en el cual este debía únicamente pronunciar las palabras de la ley ya ha sido ampliamente superado,¹⁷³ incluso en las naciones de derecho civil. Hoy en día, este crecimiento evidente de la importancia judicial dentro de las sociedades modernas, es considerado como un elemento necesario del sistema democrático de frenos y contrapesos del poder.¹⁷⁴

Una de las bondades que tiene la jurisprudencia como fuente de derecho es que provee seguridad jurídica, en comparación con otras fuentes. La seguridad jurídica es una exigencia que se deriva de toda Constitución que consagre el principio de seguridad jurídica.¹⁷⁵ Esta se obtiene cuando el ciudadano sabe qué resolución puede esperar en un determinado escenario si la cuestión ya ha sido resuelta por un tribunal. Al respeto, se ha pronunciado la Corte de Constitucionalidad en innumerables ocasiones, al determinar que *“El principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 2 de la Constitución, consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento Jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligente; en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio (...)”*.¹⁷⁶ Según la Corte, la legislación no sólo debe ser coherente e inteligente en sí misma sino también *“(...) en cuanto a su interpretación y aplicación”*(subrayado propio).¹⁷⁷ Es decir, que el principio de seguridad jurídica, según el Tribunal Constitucional, no sólo se cumple en la medida en que la legislación es

¹⁷² Loc. Cit.

¹⁷³ Carbonell y Sánchez, Miguel; “Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano”; Op. Cit.; página 14.

¹⁷⁴ Cappelletti, Mauro citado por Carbonell y Sánchez, Miguel; ibíd.; página 2.

¹⁷⁵ Coenesa Labastida, Luisa; “La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de igualdad”; *Revista de Derecho Político*; No. 77; España; enero – abril 2010; Universidad Nacional de Educación a Distancia; página 374.

¹⁷⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de Carácter General Gaceta No. 61, expediente No. 1258-00, sentencia de 10 de julio de 2001. También *mutatis mutandi* Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20090129-0000-3550-2008>, consultado el 05 de agosto de 2014. Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20060727-0000-416-2005>, consultado el 05 de agosto de 2014.

¹⁷⁷ Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20071120-0000-235-2007>, consultado el 05 de agosto de 2014.

comprensible como un conjunto de normas lógicamente integrado, sino que además los órganos que aplican dicha legislación, es decir los tribunales, deben garantizar este principio asegurándose de que efectivamente la aplicación de la legislación también reúna las características de coherencia e inteligibilidad. Como ha expresado la Corte Constitucional de Colombia, “[l]os ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado”.¹⁷⁸ Las Cortes pueden adoptar tendencias o teorías nuevas, pero de manera reflexiva, de tal suerte que al adoptarse cierta herramienta argumentativa, se continúe su implementación en los casos semejantes.¹⁷⁹

Otra bondad de la jurisprudencia es que tiende a garantizar más exitosamente el principio de equidad, sobre todo en comparación con la legislación. La equidad se refiere a la posibilidad que tiene el juez de mitigar la dureza de la aplicación rigurosa de una norma en consideración de las circunstancias particulares de un caso.¹⁸⁰ Este principio reconoce que a veces una norma que en abstracto parece ser justa, puede conllevar consecuencias desproporcionadamente nocivas al aplicarse en un caso particular. La equidad es el reconocimiento de facultades limitadas al tribunal, en virtud

¹⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia; Acción pública de inconstitucionalidad, sentencia C-634/11, párrafo 11.3

¹⁷⁹ Coenesa Labastida; Luisa; Op. Cit, página 374.

¹⁸⁰ Merryman, John Henry; Op. Cit.; página 98 y 99.

de que las reglas generales contenidas en leyes pueden ser muy severas en ocasiones concretas o inadecuadas, y que algunos asuntos son imposibles de prever por parte del legislador, por lo cual se le permite al juez decidir según se presenten las circunstancias.¹⁸¹ De esa cuenta el principio de equidad suele expresarse como “la justicia aplicada al caso concreto”. Aunque pareciera que estas facultades otorgadas al legislador no son propias del derecho guatemalteco, podemos encontrar materializado el principio de equidad, e.g., en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia que otorga facultades discrecionales al juez para proteger a los miembros más débiles de la relación familiar;¹⁸² en el deber de aplicar el control de constitucionalidad de oficio según el artículo 204 constitucional;¹⁸³ en el control de convencionalidad abordado *supra*; en el artículo 361 del Código de Trabajo,¹⁸⁴ que permite al juez de trabajo valorar las pruebas en conciencia, citando los principios de la equidad o de justicia en que funde su criterio. Es decir, que contrario a lo que se pudiera suponer, el derecho guatemalteco da margen al principio de equidad, cuya aplicación se hace necesariamente a través de la jurisprudencia, examinando la justicia del caso individual. Este enfoque no implica una “dictadura de togas”, ya que el juez debe aplicar su criterio sin arbitrariedad, sino con el espíritu de aplicar el derecho objetivo con igual intensidad a todos¹⁸⁵ y la utilización del precedente debe hacerse con riguroso apego a los límites impuestos al juzgador, quien nunca puede estar por arriba de la ley. La observación de las decisiones prefijadas tampoco anula el criterio judicial ya que siempre se podrá revisar, aumentar y mejorar el criterio según el devenir de las circunstancias y el desarrollo de diferentes teorías en el derecho,¹⁸⁶ a menos que el criterio sea doctrina legal.

La jurisprudencia, además de proveer mayor seguridad y equidad, también es una herramienta flexible. Es posible modificar jurisprudencia con una simple resolución judicial, sin incurrir en un proceso complicado de reforma legislativa. Si el juez de

¹⁸¹ Loc. Cit.

¹⁸² Jefe de Gobierno de la República de Guatemala; Ley de Tribunales de Familia, Decreto-Ley 206 y sus reformas.

¹⁸³ Asamblea Nacional Constituyente; Constitución Política de la República de Guatemala; Op. Cit.

¹⁸⁴ Congreso de la República de Guatemala; Código de Trabajo, decreto 1441 y sus reformas.

¹⁸⁵ Conesa Labastida, Luisa; Op.Cit.; página 375.

¹⁸⁶ Loc. Cit.

tradición civil respeta los límites que le imponen la legislación y la Constitución, y utiliza pertinentemente el precedente dentro de una doctrina de *jurisprudence constante*, la esta herramienta puede ofrecer muchísimas ventajas comparativas. La jurisprudencia reúne características especiales que no poseen otras fuentes y que tienen como efecto decisiones más certeras y más justas para el caso concreto.

Capítulo 3:
El juicio de proporcionalidad y su pertinencia para la protección
de los derechos fundamentales

3.1 Noción de proporcionalidad

El concepto de proporcionalidad se encuentra bien cimentado en el pensamiento de la humanidad desde hace varios siglos. El término “proporcionalidad” es comúnmente utilizado en diferentes ámbitos, aunque tiene su propia connotación en el ámbito jurídico. Como concepto, el mismo es muy cercano a la idea de justicia y equilibrio. En palabras del profesor Aharon Barak: “[la proporcionalidad] *encarna la noción de justicia y por ende puede verse reflejada en la imagen de la Dama de la Justicia sosteniendo la balanza. También es una expresión del pensamiento racional. Exigimos de nosotros mismos y de otros actuar proporcionalmente. Exigimos que el castigo sea proporcional a la ofensa. Es por ello que la fórmula de ‘ojo por ojo’ fue considerada una respuesta racional. En la creencia religiosa judía se encuentra la Regla de Oro que establece: ‘No hagas a los demás aquello que no te gustaría que te hicieran a ti.’ La noción de proporcionalidad ha inspirado a pensadores a través de las generaciones. Las nociones griegas clásicas de justicia correctiva (justitia vindicativa) y justicia distributiva (justitia distributiva) también han contribuido al desarrollo de la proporcionalidad como un concepto racional.*”¹⁸⁷ Barak refiere que esta idea ha sido reconocida y aplicada en la antigua Roma, en la Carta Magna inglesa de 1215, en los escritos de Santo Tomás de Aquino y en la doctrina medieval del derecho internacional de la “Guerra Justa”.¹⁸⁸

Este concepto tiene gran aplicación en el derecho. En las constituciones de las sociedades modernas existen varios bienes y principios constitucionalmente protegidos que frecuentemente entran en juego entre sí y pueden operar en sentido contrario. Dentro de esta compleja estructura jurídica-constitucional, el principio de proporcionalidad ha adquirido relevancia como un recurso para adecuar dichos

¹⁸⁷ Barak, Aharon; **Proportionality, Constitutional Rights and their limitations**; translated from the Hebrew by Kalir, Donor, traducción propia en esta cita; New York, United States; Cambridge University Press; 2012; páginas 175 y 176.

¹⁸⁸ Loc. Cit.

principios mutuamente en el estudio del caso concreto.¹⁸⁹ Este principio ha sido ampliamente propagado y adoptado en diferentes regiones del mundo desde el final de la II Guerra Mundial, e incluso ha penetrado también notablemente al siglo XXI, de tal manera que se afirma que actualmente vivimos en la “era de la proporcionalidad”.¹⁹⁰ La proporcionalidad como herramienta opera cuando se reconoce que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que cada derecho conlleva obligadamente la posibilidad de poderse limitar.¹⁹¹ Esto tiene lógica si se considera que la única manera de poder garantizar un derecho es no otorgando otro derecho a un tercero irrestrictamente y viceversa. De esa cuenta el sistema jurídico debe armonizar una libertad fundamental con otra, los derechos de unos con los derechos de otros.

Las limitaciones que lleva aneja el principio de proporcionalidad son la esencia de la doctrina de los derechos humanos, cuya exigencia representa la complejidad del derecho constitucional moderno, el cual se ha trazado con un diseño tal que permita a cada miembro de la sociedad conducirse como desee en el máximo de las posibilidades y esto necesariamente requiere la limitación legal de las libertades y derechos de otras personas.¹⁹² La existencia misma del derecho constitucional supone que exista una sociedad humana que limite la voluntad de sus miembros, en función de garantizar la subsistencia de la sociedad. Tal subsistencia justifica que se limiten proporcionalmente los derechos de sus habitantes.¹⁹³ El principio de proporcionalidad pretende mostrar de qué manera es posible limitar los derechos, no por el afán *per se* de limitarlos, sino al contrario, con el espíritu de tutelarlos mejor y de ampliar su ámbito de protección, según las posibilidades, para que todos los derechos sean compatibles entre ellos, razón por la cual es bien conocido este principio como el “límite de los límites”.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Carbonell, Miguel y otros; **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**; Quito, Ecuador; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 2008; página 224.

¹⁹⁰ Barak, Aharon; Op. Cit.; página 457.

¹⁹¹ Carbonell, Miguel y otros; **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**; Op. Cit.; página 10.

¹⁹² Barak, Aharon; Op. Cit.; página 164.

¹⁹³ *Ibid.*; página 165.

¹⁹⁴ Carbonell, Miguel y otros; **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**; Op. Cit.; página 10.

Estos límites que impone el principio de proporcionalidad pueden ser de dos tipos:¹⁹⁵

- La limitación de las libertades de una persona a propósito de permitir los derechos de otra persona. El reconocimiento de la libertad de ambos seres implica la imposición de límites sobre la habilidad de las dos personas de ejercer su libertad.
- La limitación a favor del interés público. En una sociedad democrática es posible limitar un derecho humano para asegurar la existencia misma del Estado, para garantizar la continuidad democrática, en favor de la salud pública, educación pública u otras causas de interés nacional.

Cuando en un caso entran en colisión dos principios fundamentales, la solución entre dicha colisión suele ser compleja y no puede determinarse de la simple lectura de las disposiciones donde se encuentran regulados o del simple estudio semántico de estas normas, por lo que debe decidirse cuál de las disposiciones tiene mayor peso en el caso concreto,¹⁹⁶ solución que ofrece el principio de proporcionalidad, como se profundiza más adelante, al proponer un conjunto de criterios que privilegian un principio frente a otro en atención a la situación fáctica y jurídica del caso en concreto. Únicamente a través de la adopción, continuidad y desarrollo de estándares semejantes al que sugiere el principio de proporcionalidad, puede conseguirse que un tribunal no caiga en parcialidad y arbitrariedad en la emisión de sus fallos.¹⁹⁷

La proporcionalidad como idea ya ha sido introducida a algunos sistemas normativos. Se ha adoptado en el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”*¹⁹⁸ Se reconoce asimismo en artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de Europa que determina: *“Dentro del respeto del principio de*

¹⁹⁵ Barak, Aharon; Op. Cit.; páginas 161 y 162.

¹⁹⁶ *Ibíd.*; página 228.

¹⁹⁷ Wechsler, Herbert; “Toward neutral principles of constitutional law”; *Harvard Law Review*; Volume 63, number 1; Estados Unidos; noviembre de 1959; Universidad de Harvard; página 10.

¹⁹⁸ Asamblea General de Naciones Unidas; Declaración Universal de Derechos Humanos; Op. Cit.

*proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*¹⁹⁹. Constitucionalmente se le ha dado cabida en el artículo 36 de la Norma Fundamental sudafricana que determina que los derechos reconocidos sólo podrán ser limitados a través de leyes de aplicación general en la medida en que sean razonables y justificables en una sociedad abierta y democrática, basada en la dignidad humana, igualdad y libertad. Establece, asimismo, que dicha limitación debe tomar en cuenta aspectos como la naturaleza del derecho limitado, la importancia del objeto de limitar el derecho, la naturaleza y alcance de la limitación, la relación entre la limitación y el propósito que persigue y por último, los medios menos perniciosos para alcanzar ese propósito.²⁰⁰ El Código Procesal Constitucional peruano determina, en su artículo 23, que en aquellos procesos constitucionales intentados en relación a derechos suspendidos por regímenes de excepción, se debe examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto supuestamente restrictivo.²⁰¹ Estas normas implican que la proporcionalidad ya no solamente es un criterio útil para resolver disputas, sino que crean el imperativo jurídico de observar el principio de proporcionalidad en la garantía y respeto de los derechos humanos. Es decir, que en algunos Estados, este criterio ya no es optativo para el legislador, funcionario o juez, sino que es forzoso.

3.2 La aplicación del principio de proporcionalidad

3.2.1 La distinción entre principios y reglas

Para comprender de manera precisa cómo se aplica la teoría de la proporcionalidad según Robert Alexy, quien es ampliamente reconocido como uno de los teóricos principales de esta propuesta,²⁰² debemos aclarar previamente entre qué tipo de

¹⁹⁹ . Parlamento, Consejo y Comisión de Europa; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Op. Cit.

²⁰⁰ Parlamento de la República de Sudáfrica; Constitución de la República de Sudáfrica y sus reformas, No. 108 de 1996, promulgada el 18 de diciembre de 1996.

²⁰¹ Congreso de la República del Perú; Código Procesal Constitucional, ley 28237; 7 de mayo de 2004; artículo 23.

²⁰² Barak, Aharon; Op. Cit.; página 235.

normas opera el principio de proporcionalidad. En la teoría de Alexy, existen dos tipos de normas: las reglas y los principios. La distinción entre reglas y principios es una cuestión central en la dogmática de los derechos fundamentales, un elemento básico de los derechos esenciales de libertad e igualdad y constituye uno de los pilares fundamentales de la teoría de los derechos fundamentales en general.²⁰³

Las reglas son aquellas normas que ordenan algo definitivamente. Dicha orden puede ser condicionada, si se reúnen ciertas condiciones, o puede ser categórica, al ordenar algo absolutamente (e.g. un delito y la prohibición de la tortura, respectivamente); por lo cual ante una regla, debe seguirse exactamente la conducta que ésta prescribe, y por ello es que una regla se cumple o incumple.²⁰⁴ Se puede afirmar que una regla es una norma que prescribe una conducta muy claramente. Es categórica en su redacción. Una norma que establece que en una autopista no puede superarse la velocidad de 90 kilómetros por hora, es una regla. Se sabe exactamente si se cumple o incumple esta disposición.

Por otro lado, los principios ordenan que se realice una conducta al máximo de las posibilidades fácticas y jurídicas, y se caracterizan por poder ser cumplidos en diferentes grados, por lo cual se hace referencia a los principios como mandatos de optimización.²⁰⁵ Los principios no poseen la estructura precepto-sanción, y de ello deviene que no puedan ofrecer respuestas específicas a conflictos, como sí lo hacen las reglas.²⁰⁶ Según Ronald Dworkin, un principio es aquél estándar que se debe observar porque es un requerimiento de la justicia o de la moral.²⁰⁷ Los principios expresan los valores fundamentales de una sociedad.²⁰⁸ Aunque tanto un principio como una regla pueden tener la misma consecuencia, la regla tiene la cualidad que se

²⁰³ Alexy, Robert; **Teoría de los Derechos Fundamentales**; traducida al español por Garzón Valdés, Ernesto; Madrid, España; Centro de Estudios Constitucionales; 1993, páginas 81 y 82.

²⁰⁴ Carbonell, Miguel y otros; El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional; Op. Cit.; página 14.

²⁰⁵ Alexy, Robert; **Teoría de los Derechos Fundamentales**; Op. Cit.; página 86.

²⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia; expediente C-634/11, sentencia de inconstitucionalidad; párrafo 11.2.

²⁰⁷ Dworkin, Ronald; "The Model of Rules"; *The University of Chicago Law Review*; Volumen: 35; publicación 14; Estados Unidos; 1967; University of Chicago; página 23.

²⁰⁸ Barak, Aharon; Op. Cit.; página 236.

debe aplicar en un sentido “todo o nada”,²⁰⁹ mientras que el principio puede aplicarse en diferentes escalas. Incluso en los casos en los cuales reglas y principios operan en el mismo sentido, su diferencia es casi formal, sobre todo en aquellos casos cuando las reglas están estructuradas con palabras como “razonable”, “injusto” y “significativo”, lo cual hace necesario recurrir a un principio sobre el cual descansa la regla, para aplicarla.²¹⁰ Una norma que establece que se garantiza a todos los habitantes el derecho a expresarse libremente es un principio. El mandato es garantizar la libre expresión, pero no es del todo claro en qué situaciones se considerará este derecho garantizado y en qué situaciones se considera vulnerado.

Diseñar normas que tengan la estructura de principios, y que necesariamente tengan una textura más abierta se hace más necesario cuando se pretenden promover conceptos controvertidos, sobre los cuales no hay un consenso absoluto en cuanto a su significado y alcance.²¹¹ Dentro de estos conceptos controvertidos podemos destacar valores como democracia, libertad, y de manera especial para los efectos de esta investigación, la igualdad.²¹² Considerando la Constitución como un cuerpo que recoge los valores supremos de una sociedad, es necesario comprender que la concepción sobre estos valores puede variar significativamente con el devenir de las generaciones, y únicamente aquellas cláusulas abiertas pueden conceder legitimidad democrática a una Constitución frente al paso del tiempo y a los cambios coyunturales políticas de la sociedad.²¹³ A pesar de que las cláusulas abiertas puedan comprometer la seguridad jurídica y las competencias constitucionales al favorecer el activismo judicial, son ineludibles y necesarias en cualquier texto legal.²¹⁴

Si se reconocen a los principios como parte del derecho, es perfectamente factible que una obligación jurídica pueda desprenderse de un conjunto de principios, tanto como lo pudiera hacer de una regla establecida.²¹⁵ Dworkin suele hacer referencia al caso *Riggs v. Palmer* que conoció la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, en el cual se

²⁰⁹ Dworkin, Ronald; Op. Cit.; página 25.

²¹⁰ *Ibíd.*; página 28.

²¹¹ Suárez Varón; Op. Cit.; página 58.

²¹² *Loc. Cit.*

²¹³ *Ibíd.*; página 59.

²¹⁴ *Loc. Cit.*

²¹⁵ Dworkin, Ronald; Op. Cit.; página 45.

aplicó un principio que ni siquiera estaba reconocido en la legislación por encima de disposiciones legales expresas que mandaban la consecuencia contraria, para no otorgarle la herencia de un abuelo a su nieto, cuando éste último lo había asesinado precisamente para obtener dicha herencia.²¹⁶ Este caso es un claro ejemplo de cómo de un principio no tipificado pueden surgir verdaderas consecuencias jurídicas. El mismo Dworkin reconoce que este reconocimiento sin duda suscitará muchísimas más interrogantes como las siguientes: ¿cómo puede distinguirse los principios válidos de aquellos que no lo son?, ¿cómo puede justificarse una resolución judicial basada en principios? y ¿acaso esta perspectiva de obligación coincide con la práctica de abogados y jueces?²¹⁷ Probablemente estas son muchas de las cuestiones que Robert Alexy, a través de su notable desarrollo del principio de proporcionalidad y de la teoría de la ponderación, ha pretendido explicar.

Este esquema que divide las normas jurídicas en principios y reglas, define también para cada una de ellas un mecanismo que opera para su aplicación cuando se oponen o entran en conflicto, correspondiendo la subsunción como mecanismo de aplicación entre las reglas y la ponderación como mecanismo de aplicación entre principios.²¹⁸ Previamente a profundizar en el estudio del principio de proporcionalidad, como herramienta para dilucidar conflictos entre derechos fundamentales, cuyo contenido es esencial dentro de esta investigación, se explica cómo opera la subsunción como método que provee soluciones entre reglas.

3.2.1.a El método de la subsunción

Se ha establecido que las normas denominadas reglas prescriben una conducta en un sentido categórico, de manera que la norma se cumple o se incumple sin lugar a dudas. Si una disposición de este tipo prescribe una determinada conducta y otra lo hace en sentido contrario, no es posible armonizar estas disposiciones porque ambas determinan conductas categóricamente opuestas a realizar, y por ende cumplir una norma conlleva a incumplir la otra y viceversa. En caso de conflicto, para decidir qué

²¹⁶ Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York; 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889) citada por Dworkin, Ronald; *ibíd.*; página 29.

²¹⁷ Dworkin, Ronald; *Op. Cit.*; página 59.

²¹⁸ Carbonell, Miguel y otros; *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*; *Op. Cit.*; página 44.

regla debe aplicarse, es necesario declarar que la contraria es inválida para poder emplear la primera de ellas en conflicto, con base en la aplicación de una tercera regla que debe establecer cuál es la adecuada a aplicar.²¹⁹ Estos criterios que cumplen la función de privilegiar una regla sobre otra pueden ser varios, como la jerarquía de la norma, la norma posterior, la disposición más específica o la que tiene fundamento en un principio de mayor importancia.²²⁰ Estos criterios son empleados en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

La palabra subsumir hace referencia a correlacionar un determinado escenario fáctico con un supuesto jurídico regulado de manera general y para el cual una disposición ofrece una consecuencia normativa.²²¹ De esa cuenta, para subsumir se deben seleccionar las propiedades jurídicamente relevantes de una situación y decidir si encuadran o no en la regla previamente establecida, en cuyo caso se aplicará la consecuencia jurídica que dicha norma determina. Los conflictos entre reglas se resuelven, según Alexy, introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que conlleva que no se aplique o declarando una de las normas inválidas.²²² El proceso análogo entre principios es mucho más complejo.

3.2.2 El principio de proporcionalidad y sus elementos

La resolución entre principios contrapuestos se debe realizar con razonamientos muy distintos. Cuando dos principios colisionan, uno deberá preceder sobre el otro según las circunstancias específicas del caso, por lo cual la cuestión no será resuelta con base en qué principio es válido, como se hace en la subsunción, sino que se debe determinar qué principio tiene mayor peso en el caso concreto.²²³ Es decir, según unas circunstancias un principio puede preceder a otro y según circunstancias distintas puede ocurrir de la manera inversa. Esta colisión se resuelve aplicando el principio de proporcionalidad. Es posible establecer que la proporcionalidad como principio es una

²¹⁹ Dworkin, Ronald; Op. Cit.; página 27.

²²⁰ Loc. Cit.

²²¹ Carbonell, Miguel y otros; El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional; Op. Cit.; página 69.

²²² Alexy, Robert; **Teoría de los Derechos Fundamentales**; Op. Cit.; página 88.

²²³ *Ibíd.*; página 89.

construcción jurídica y una herramienta metodológica,²²⁴ en el sentido de que ha sido un producto de la práctica judicial y doctrinaria que ha tenido gran aplicación en la resolución de casos.

El principio de proporcionalidad guarda una estrecha cercanía con la naturaleza de un principio y los tres elementos que componen la proporcionalidad expresan la idea general de un principio.²²⁵ Los tres elementos, subprincipios o subcriterios del mandato de proporcionalidad son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Algunos autores agregan el componente del fin legítimo (*proper purpose*).²²⁶ Como se examina en el capítulo IV, muchos tribunales adoptan este criterio en sus valoraciones como un subprincipio. Sin embargo, el fin legítimo no es considerado como tal autónomamente por Alexy, ya que se incluye dentro de la ponderación que se realiza al abordar el tercer subprincipio, la proporcionalidad en sentido estricto.²²⁷ Es por ello, que no se profundizará en dicho elemento de manera independiente. Bastará decir que el fin legítimo impone la premisa de que no todo propósito justifica una limitación a un derecho constitucional, sino sólo aquellos propósitos que son valiosos dentro de la sociedad, es decir, los valores democráticos.²²⁸

Todos los subprincipios integrantes del principio de proporcionalidad buscan la máxima realización posible del derecho fundamental según las posibilidades jurídicas y posibilidades fácticas. A través de los componentes de ese principio, se cristaliza la noción de proporcionalidad, que generalmente suele adolecer de gran abstracción, y se convierte a un concepto mucho más concreto, específico e inteligible.²²⁹

3.2.2.a El subprincipio de idoneidad

Este subprincipio también es referido como subprincipio de adecuación, y requiere que el sacrificio sobre el ejercicio de un derecho constitucional sea adecuado o idóneo para

²²⁴ Barak, Aharon; Op. Cit.; página 131.

²²⁵ Alexy, Robert; **Teoría de los Derechos Fundamentales**; Op. Cit.; página 111 y 112.

²²⁶ Barak, Aharon; Op. Cit.; página 131.

²²⁷ En el apartado 3.3, el fin legítimo se representa con la expresión GP²A, que hace alusión al peso abstracto del principio que juega en contrario al derecho fundamental supuestamente vulnerado.

²²⁸ *Ibíd.*; página 245.

²²⁹ *Ibíd.*; página 132.

preservar otro valor fundamental.²³⁰ El subprincipio de idoneidad examina si un medio empleado en la limitación de un derecho fundamental fomenta y promueve el fin deseado.²³¹ Estos medios deben ser razonables y aumentar pertinentemente las probabilidades de la consecución del fin legítimo invocado.²³² Si esto no sucede, los medios empelados no son adecuados. La idoneidad no exige necesariamente que el medio empleado sea el único para obtener el fin o que lo consiga absolutamente.²³³ Bastará que sea uno entre otros medios que promuevan el fin deseado y que lo consiga satisfactoriamente, aunque no completamente. Se mide la idoneidad en términos fácticos, no jurídicos a través de la formulación de la siguiente pregunta: ¿qué tan capaces son los medios seleccionados para realizar el fin propuesto?²³⁴ En el caso de que una conducta delictiva, como un delito de violación de derechos de autor, se sancione con pena de cárcel, esta restricción a la libertad (la pena de cárcel) será idónea si se considera que es probable que produzca el efecto de hacer respetar los derechos de autor del perjudicado.

3.2.2.b El subprincipio de necesidad

Este subprincipio exige que la limitación impuesta al derecho en cuestión sea necesaria, en cuanto a que no exista otro medio menos restrictivo para lograr preservar un valor fundamental.²³⁵ Para cumplirse con la premisa de la necesidad, se deben examinar todas las vías que persiguen la obtención del fin deseado y se debe elegir la que menos limita el derecho constitucional en cuestión.²³⁶ Además, busca que se emplee la medida menos restrictiva posible. Si se encuentra un medio menos restrictivo, entonces debió de aplicarse, y por tanto la medida no es necesaria. Esto no quiere decir que la restricción al derecho sea en el menor grado posible, sino que no exista un mecanismo menos restrictivo para conseguir el fin pretendido, ya que hasta la restricción más pequeña comparativamente puede tener efectos severos en el ejercicio

²³⁰ Carbonell, Miguel y otros; El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional; Op. Cit.; página 71.

²³¹ *Ibíd.*; página 126.

²³² Barak, Aharon; Op. Cit.; página 303.

²³³ *Ibíd.*; página 305.

²³⁴ *Ibíd.*; página 307.

²³⁵ Carbonell, Miguel y otros; El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional; Op. Cit.; página 71.

²³⁶ Barak; Aharon; Op. Cit.; página 317.

de un derecho.²³⁷ Se cumple este subprincipio si el medio seleccionado es la mejor opción, entre otras alternativas que resultan ser más limitantes. La necesidad opera también en términos fácticos y no jurídicos. En el caso del delito de violación de derechos de autor, probablemente se consideraría que la sanción de cárcel no es necesaria, en el sentido de que una multa pudiera conseguir el mismo fin de manera menos restrictiva.

3.2.2.c El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Las limitaciones a un derecho deben guardar una relación razonable con el peso de la importancia del derecho que juega en contrario.²³⁸ A esto es lo que se denomina el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, y requiere la optimización relativa de las posibilidades jurídicas.²³⁹ Esto significa que se persiga el mayor respeto posible al derecho conculcado, según sea posible jurídicamente, sin vulnerar el principio que juega en contrario. La aplicación de este subprincipio se concreta a través de la llamada ponderación, lo cual se aborda de manera mucho más profusa en el siguiente apartado.

3.3 La aplicación de la fórmula del peso o ponderación

La teoría de la proporcionalidad en sentido estricto que se acoge en esta investigación es la de Robert Alexy, quien, dentro de la teoría jurídica contemporánea, ha desarrollado “(...) *la concepción más articulada de la ponderación* (...).²⁴⁰ Este último subcriterio representa la esencia del principio de proporcionalidad en sentido amplio. A través del mismo, se ponen en perspectiva los diferentes valores jurídicos que entran en contraposición en la resolución de un punto de derecho. El principio de proporcionalidad en sentido estricto busca que se optimicen las posibilidades jurídicas, y no observa, por el contrario, las circunstancias fácticas del caso que se estudia. Se puede expresar este subprincipio a través de la ley de la ponderación que establece:

²³⁷ *Ibíd.*; página 321.

²³⁸ Carbonell, Miguel y otros; *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*; Op. Cit.; página 126.

²³⁹ *Ibíd.*; página 15.

²⁴⁰ Carbonell, Miguel y otros; *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*; Op. Cit.; página 60.

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.²⁴¹

Esta ley establece que la afectación de un derecho es directamente dependiente del grado de satisfacción del derecho que juega en contrario, lo cual tiene como consecuencia el hecho de que el peso o importancia de los principios no se puede determinar en sí mismos, sino siempre relativamente, en correspondencia con otros principios.²⁴² Sobre esa lógica, la proporcionalidad *strictu sensu* busca establecer que exista una relación adecuada y congruente entre la limitación a un derecho y el beneficio que representa el derecho que juega en contrario.²⁴³

Cuando colisionan dos principios, es necesario ponderar, o colocar en la balanza a estos principios. La cuestión debe resolverse en consideración de cuál de los dos principios posee mayor peso o importancia en el caso que se estudia, lo cual sin duda carece de una medida exacta y puede ser controversial; sin embargo esta característica es típica de la naturaleza de un principio.²⁴⁴ Esto no ocurre en los casos de conflictos entre reglas contrapuestas, ya que cada una de ellas sí tiene una importancia específica y medible según otras reglas creadas para dirimir conflictos entre reglas.

Básicamente la ponderación ocupa tres pasos. El primero es definir el grado de afectación o no satisfacción de un principio; el segundo paso radica en establecer la importancia del principio que está contrapuesto; el tercero paso supone definir si la importancia de la satisfacción de un principio justifica la restricción del principio que se encuentra opuesto.²⁴⁵

En términos más amplios, la ponderación, como la ha concebido Alexy, opera de la siguiente manera. Para determinar la importancia de la afectación de un principio (o

²⁴¹ Carbonell, Miguel y otros; El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional; Op. Cit.; página 15.

²⁴² Alexy, Robert; **Teoría de los Derechos Fundamentales**; Op. Cit.; página 161.

²⁴³ Barak, Aharon; Op. Cit.; página 340.

²⁴⁴ Dworkin, Ronald; The model of Rules; Op. Cit.; página 27.

²⁴⁵ Carbonell, Miguel y otros; El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional; Op. Cit.; página 16

derecho), así como la importancia en la consecución del principio (o derecho) que juega en sentido contrario, pueden utilizarse tres intensidades: leve, media o grave (*l, m, g*).²⁴⁶

Como se ha establecido, lo primero será definir el grado de afectación de un principio (P^1). Según Alexy, la intensidad de la intervención de un principio siempre será de magnitud concreta. Es decir, siempre será posible establecer si dicha intervención es leve, media o grave.²⁴⁷

Ahora bien, en el segundo paso se debe determinar la importancia de la satisfacción del segundo principio (P^2), el cual juega en sentido opuesto a P^1 . Contrario a lo que sucede con el primer paso, la importancia de un principio puede tener una magnitud concreta y otra magnitud abstracta.²⁴⁸ Para comprender la magnitud abstracta, podría argumentarse con certeza que los derechos constitucionales de la vida, libertad e igualdad tienen preponderancia sobre otros derechos constitucionales como la portación de armas, el derecho al deporte y a la recreación. Los principios constitucionales admiten cierta jerarquía. Sin embargo, puede suceder con frecuencia que dos principios tengan el mismo peso abstracto. Un principio tendrá mayor magnitud abstracta si tiene una jerarquía superior sobre el otro principio. Por otro lado, la magnitud concreta del principio que juega en contrario se determina estableciendo su riesgo en el caso concreto.²⁴⁹ Esto se expresa de la siguiente manera: la importancia o peso concreto de un principio (P^2) se determina al establecer cuál sería la intensidad en la afectación de P^2 si no se interviniera el primer principio o principio afectado (P^1).²⁵⁰ Es decir, la importancia de P^2 depende de que tanto le afecte a P^2 si no se interfiere o restringe P^1 ; por lo que es un concepto relacional, sólo puede ser medido y comprendido en relación con P^1 . De esa suerte, la importancia de un principio dependerá de dos extremos: el peso abstracto del principio y su riesgo en el caso concreto.²⁵¹

²⁴⁶ Alexy, Robert; **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**; Madrid, España; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001; página 37 y 38.

²⁴⁷ *Ibíd.*; página 38.

²⁴⁸ *Loc. Cit.*

²⁴⁹ *Loc. Cit.*

²⁵⁰ *Ibíd.*; página 39.

²⁵¹ *Ibíd.*; página 38..

El tercer paso es la conclusión. Para ello, Alexy le asigna los valores 1, 2 y 4 correlativamente a *l*, *m*, y *g* (leve, media y grave).²⁵² Asimismo explica que la resolución de principios contrapuestos puede resolverse asignándole un valor leve, mediano o grave (1, 2 o 4) a los factores que integran la siguiente fórmula²⁵³:

$$x = \frac{IP^1C \times GP^1A}{WP^2C \times GP^2A}$$

Esta fórmula significa que para resolver qué principio tiene preeminencia entre P¹ y P², debe determinarse si la intensidad de la intervención de P¹ y su importancia abstracta es mayor que la importancia absoluta de P² y su peso relativo o concreto. IP¹C representa la intensidad de la intervención en P¹. GP¹A representa el peso abstracto de P¹. WP²C representa la importancia o el peso concreto de P². GP²A representa el peso abstracto de P². C hace referencia al caso concreto y A hace referencia a abstracto. Si se le asigna un valor entre 1, 2 y 4 según la intensidad, a la importancia absoluta, importancia relativa e intensidad de la intervención de cada principio, se puede resolver dicha ecuación. Es decir, se le deberá dar una asignación numérica a IP¹, WP², GP¹ y GP². En aquellas circunstancias en que “x” es mayor que 1, P¹ tendrá preeminencia. Si “x” es menor que 1, entonces tendrá preeminencia P². En el caso en que el cociente sea igual a 1, entonces habrá un empate. En dicha situación, se le reconocerá un margen de acción (o margen de apreciación) al legislador, en el sentido de que la intervención no será desproporcionada si existe legislación que fundamente la misma, y la protección a la intervención será válida si existe fundamento para ella, ya que de haberlo considerado oportuno, el legislador hubiera emitido legislación más justa o contraria.²⁵⁴ También es posible tomar en consideración la seguridad de las apreciaciones empíricas, es decir que tan probables o certeras serán la intervención en P¹ o la realización de P². Esto se expresa en la siguiente fórmula:²⁵⁵

$$x = \frac{IP^1C \times GP^1A \times SP^1C}{WP^2C \times GP^2A \times SP^2C}$$

²⁵² *Ibíd.*; página 42 y 43.

²⁵³ *Ibíd.*; página 41.

²⁵⁴ *Ibíd.*; página 45.

²⁵⁵ *Ibíd.*; página 56.

En el anexo “A” de esta investigación se hace una explicación de los factores precisos que integran estas ecuaciones y se hace la solución práctica de un caso real aplicando la misma.

Los elementos expuestos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto conforman el juicio o “*test*” de proporcionalidad. El mismo está ideado para contraponer los elementos fácticos y jurídicos de cada principio o derecho para determinar cuál es pertinente promover y cuál es pertinente limitar. A continuación algunas de las ventajas que presenta esta herramienta metodológica.

3.4 Las ventajas que presenta la utilización del juicio de proporcionalidad

Es preciso tener una idea de las ventajas que ofrece este juicio de proporcionalidad. Como ya se estableció, la proporcionalidad busca establecer un equilibrio entre principios, pero por otro lado también opera como una herramienta para determinar el contenido real de los derechos fundamentales que tienen forma de principios.²⁵⁶ Estos derechos fundamentales muchas veces se expresan de manera que suena armónica pero carece de contenido específico y concreto. De esa suerte, al aplicar la proporcionalidad, se puede ir definiendo en qué casos y situaciones precede un principio frente a otro. Esto favorece la comprensión real del derecho y a la certeza jurídica.

Asimismo, la aplicación de la proporcionalidad establece soluciones en las que no siempre prevalecerá un derecho sobre el otro. La aplicación de la proporcionalidad debe dar los mismos resultados únicamente en aquellos casos en que no sólo los principios contrapuestos sean los mismos, sino que además las circunstancias sean iguales.²⁵⁷ Esto también favorece la certeza jurídica.

²⁵⁶ Suárez Varón, Martín Leonardo; Op. Cit.; página 120.

²⁵⁷ Página del Tribunal Constitucional de España; Roca Trías, Encarnación y Ahumada Ruiz, María Ángeles; Tribunal Constitucional de España; Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional Española, Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España; Roma, Italia, octubre de 2013. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>; consultado el 27 de agosto de 2014.

Otra ventaja es que la aplicación del test no invade los ámbitos reservados exclusivamente al legislador. La legitimidad democrática no es intervenida ya que la aplicación de la proporcionalidad no fija límites absolutos o infranqueables a un derecho.²⁵⁸ Esto permite que el legislador sea quien reconozca formalmente y constituya un derecho, mientras que el juez le da contenido más específico y delimita sus alcances. Este esquema observa la separación de poderes.

Por el mismo hecho de que el test se aplica jurisprudencialmente, existe mayor flexibilidad en el mismo. Como se demuestra en el próximo capítulo, la aplicación concreta del juicio de proporcionalidad puede variar de un Estado a otro. Según los diferentes factores históricos, políticos y sociales, las Cortes adoptan la versión del juicio de proporcionalidad que más se acople a estas circunstancias. A pesar de que por motivos de certeza jurídica es deseable que un juicio permanezca inalterado, a veces el contexto social y político hacen conveniente un cambio. Es posible incorporar un cambio sutil fácilmente a través de la jurisprudencia. Por el contrario, si el juicio tuviera naturaleza legal, sería complejo adoptar el cambio, debido a los rígidos procesos de formación y reforma de leyes. Aunado a ello, el juez está muchas veces más cercano a la realidad jurídica que el legislador y es quien puede incorporar un test más adecuado con mayor facilidad. Es por estas razones que la aplicación jurisprudencial de la proporcionalidad es mucho más oportuna a que los criterios sean proveídos por el legislador.

Un juicio de esta naturaleza también tiene la virtud de obligar al juez a externar las razones que lo llevan a adoptar una decisión.²⁵⁹ Al aplicar cada uno de los subprincipios, el juez está obligado a explicar porque lo aplica y cómo la medida del caso es necesaria, adecuada y proporcional. Se evita de esta manera que el juez utilice un argumento sobre el otro, por el simple hecho de considerarlo mejor, y se evita también la invasión de los ámbitos que le corresponden a un Congreso, en un Estado de Derecho.²⁶⁰ El test obliga a considerar motivos que de otra manera probablemente

²⁵⁸ Loc. Cit.

²⁵⁹ Suárez Varón, Martín Leonardo; Op. Cit.; página 142.

²⁶⁰ Loc. Cit.

no se considerarían y obliga también a resolver casos iguales de la misma manera,²⁶¹ favoreciendo la certeza de los ciudadanos en las resoluciones. Este juicio también evita un razonamiento mecánico y automático de casos que no toma en cuenta, muchas veces, las peculiaridades de cada situación examinada.²⁶² En general, es evidente que la labor y obligación del razonamiento y fundamentación de las resoluciones judiciales es un efecto de la aplicación del juicio de proporcionalidad.

3.5 El juicio de proporcionalidad aplicado a la igualdad (juicio de igualdad)

Todos los derechos fundamentales pueden ser considerados como un principio y de ahí que les sea aplicable el juicio de proporcionalidad; lo mismo aplica a la igualdad. Así las cosas, la igualdad es un principio que prescribe unificar o colocar en un mismo nivel a todos los sujetos de derechos,²⁶³ aunque no determina concretamente de qué manera. Como lo indica Bernal Pulido, dicho mandato es normativamente indeterminado debido a que en las disposiciones constitucionales no aparece claramente establecido qué situaciones se consideran discriminatorias.²⁶⁴ Esto no obsta a que puedan existir disposiciones que contengan la estructura de una regla y que establezcan expresamente qué casos son considerados discriminatorios.

Como se refirió *supra*, no toda distinción es discriminatoria. Una distinción será discriminatoria si conduce a situaciones contrarias a la justicia, razón o naturaleza de las cosas y carece de motivaciones objetivas y razonables.²⁶⁵ Ahora bien, esta formulación no provee aún criterios concretos para determinar la validez de una distinción. Según Bobbio, la igualdad entraña los siguientes aspectos: a) las personas o grupos de personas que están siendo diferenciadas; b) el bien, gravamen, privilegio o carga que se otorga y, c) el criterio que se utiliza para hacer esta distinción.²⁶⁶

²⁶¹ Loc. Cit.

²⁶² Loc. Cit.

²⁶³ Pérez Portilla, Karla; Op. Cit.; página 15.

²⁶⁴ Bernal Pulido, Carlos; Universidad del Externado de Colombia; El juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana; Op. Cit.

²⁶⁵ Corte IDH, Corte IDH; Opinión Consultiva OC-4/84; Op. Cit; párrafos 56 y 57.

²⁶⁶ Bobbio, Norberto citado por Suárez Varón, Martín Leonardo; Op. Cit.; página 90.

Todos estos aspectos están inmersos en la aplicación de la proporcionalidad en materia de igualdad. Sin embargo, el último de estos aspectos, que se refiere al criterio que se ha utilizado para realizar la distinción, está relacionado de manera especial a la idea de proporcionalidad. Dicha idea exige que se ponga en contexto la limitación a un principio y se determine si es viable. Aplicado a la igualdad, esto es precisamente un criterio válido para distinguir, es decir, una justificación objetiva y razonable. Concluir que dos cosas son iguales implica analizar un conjunto de elementos de comparación y determinar si existen motivos para considerarlos iguales.²⁶⁷ Otorgar a dos sujetos el mismo trato jurídico es valorar en ellos una característica común relevante y con base en ella hacer abstracción.²⁶⁸ Esta valoración de los elementos comunes entre dos cosas diferentes se puede lograr perfectamente en aplicación del principio de proporcionalidad. Es por ello que es una herramienta útil para aplicarla en casos de igualdad.

Ya se ha aplicado por diferentes cortes la proporcionalidad en materia de igualdad. Como se pretende evidenciar en el siguiente capítulo de esta investigación, los órganos que aplican un juicio de proporcionalidad con respecto a la igualdad, son cortes de diferentes países e incluso algunas cortes internacionales. Es natural que estos juicios se apliquen de forma matizada y con diferentes criterios. Esto puede depender de la historia política, jurídica y social de cada Estado o región. Lo anterior no significa que no se utilice la noción de proporcionalidad, sino por el contrario, se puede verificar con facilidad que son una expresión de la proporcionalidad como se ha abordado en esta investigación, cuando menos parcialmente. En algunos casos, los criterios adoptados son muy semejantes o prácticamente idénticos a aquellos que establece el principio de proporcionalidad. En otros casos las variaciones son significativas, sin apartarse del concepto de proporcionalidad. Es posible distinguir dos grandes corrientes de aplicación del juicio de igualdad, la primera de origen europeo y la segunda de origen norteamericano.²⁶⁹ La primera de ellas contiene los elementos propios del juicio de igualdad, según lo desarrolla Alexy, es decir, adecuación, necesidad y proporcionalidad

²⁶⁷ Rubio Llorente, Francisco; *La forma del poder*; Op. Cit.; página 640.

²⁶⁸ Pérez Portilla, Karla; *Op. Cit*; página 7.

²⁶⁹ Suárez Varón, Martín Leonardo; *Op. Cit.*; página 112.

en sentido estricto. La segunda corriente, que ha sido desarrollada por la Suprema Corte de Estados Unidos, adopta diferentes intensidades del test según el motivo de la distinción. Es frecuente que diferentes Cortes adopten versiones de una corriente o de la otra, o incluso que utilicen un modelo híbrido.

Asimismo, las condiciones sociales, llamadas categorías sospechosas, que se abarcaron en el capítulo primero, muchas veces tienen una cabida importante en la aplicación de un juicio de igualdad. Cuando se aplica el juicio de igualdad en un caso que involucra una categoría sospechosa, los juicios se aplican de manera mucho más rigurosa o añadirán nuevos subcriterios al juicio con la finalidad de proteger al grupo protegido en dicha categoría, según el tribunal que aplique el juicio, como se examina en el capítulo siguiente.

Capítulo 4:
Comparación de juicios de igualdad adoptados en la jurisprudencia
extranjera, internacional y nacional

4.1. Suprema Corte de Estados Unidos

4.1.1 El escrutinio de la Suprema Corte estadounidense y sus grados de intensidad

El aporte doctrinario y jurisprudencial de la Suprema Corte de Estados Unidos a la teoría constitucional ha sido fundamental para el constitucionalismo contemporáneo. Junto al Tribunal Constitucional Alemán y el aporte académico de Robert Alexy, conforman los grandes hitos del desarrollo teórico de lo que comúnmente se denomina el juicio de igualdad o test de igualdad, objeto de esta investigación.

La Suprema Corte estadounidense utiliza básicamente el mismo escrutinio al revisar la constitucionalidad de aquella legislación cuestionada de contravenir las cláusulas de igual protección de la ley, debido proceso y la cláusula de la primera enmienda²⁷⁰ (relativa a la libertad religiosa, la libertad de expresión, la libertad de asociación y el derecho de petición).²⁷¹ Interesará únicamente el escrutinio aplicado en relación a la primera de estas cláusulas, la igual protección de las leyes, contenida en la XIV Enmienda de su Constitución.

Se ha argumentado que en Estados Unidos se ha aplicado este escrutinio en una diversidad de escalas de intensidad diferentes, ofreciendo un escrutinio distinto según las particularidades de cada caso.²⁷² Sin embargo, podemos extraer tres escalas básicas, las cuales han sido las más utilizadas y conocidas y de las cuales se

²⁷⁰ Kelso; R. Randall; "Standards of review under the equal protection clause and related constitutional doctrines protecting individual rights: The 'Base Plus Six' model and modern Supreme Court Practice"; *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*; Volume 4:2; Estados Unidos; Enero 2002; University of Pennsylvania; página 227.

²⁷¹ Delegados de los Estados de Estados Unidos de América; Constitución de los Estados Unidos y sus reformas; Enmienda I.

²⁷² Para ello ver Anexo "B" de este trabajo y Kelso; Kelso, R. Randall; "Standards of review under the equal protection clause and related constitutional doctrines protecting individual rights: The 'Base Plus Six' model and modern Supreme Court Practice"; *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*; Op. Cit.

desprenden las demás. Las tres escalas de escrutinio son: el de la racionalidad mínima, el intermedio y el estricto (*minimum rationality review, intermediate review, strict scrutiny* respectivamente).

4.1.2 El escrutinio de la racionalidad mínima

Esta es la escala del escrutinio que se utiliza en aquellos casos en que el motivo de la distinción se fundamenta en categorías no sospechosas o categorías permitidas.²⁷³ Cómo se abordó en el capítulo I, las categorías sospechosas son aquellas condiciones de los seres humanos que son innatas y centrales a los mismos y que han sido históricamente utilizadas para discriminar, por lo cual una distinción que se base en ellas requiere de una justificación muy robusta para ser válida. Por ende, las categorías no sospechosas o permitidas son aquellas que se consideran neutras, en el sentido de que no reflejan características esenciales del ser humano, y una distinción con base en ellas no requiere de un escrutinio de mucho rigor. El escrutinio de la racionalidad mínima implica²⁷⁴:

- a) Determinar si el interés o la finalidad de la distinción que se cuestiona es legítima o permisible;
- b) Determinar si existe al menos una relación entre los medios empleados para realizar la distinción y los fines que se persiguen;
- c) Determinar si la limitación impuesta al hacer la distinción es racional.

Si se cumplen con estos tres aspectos, se supera el test y se considera que la distinción es válida y por tanto no discriminatoria. Este escrutinio evidentemente muestra gran deferencia y respeto hacia el poder legislativo.²⁷⁵ Es decir, es un escrutinio muy blando, y aunque no todas las distinciones superan este test, la mayoría

²⁷³ Strauss, Marcy; Op. Cit.; página 135.

²⁷⁴ Kelso, R. Randall; páginas 227 y 228.

²⁷⁵ Strauss, Marcy; Op. Cit.; página 135.

sí lo hace. Este grado de escrutinio se utilizó en el caso *Federal Communications Commission and United States, Petitioners v. Beach Communications, Inc. et al.*²⁷⁶

4.1.3 El escrutinio intermedio

Como lo sugiere su nombre, el escrutinio intermedio es un test más severo que el de la racionalidad mínima, sin ser el más severo de todos. Este escrutinio es aplicado cuando la distinción se fundamenta en una categoría conocida como “cuasi-sospechosa”.²⁷⁷ Este grado de escrutinio debe emplearse cuando se hagan distinciones por motivo de género, según se estableció en *Craig v. Boren*,²⁷⁸ cuya resolución fue pionera en el establecimiento del escrutinio intermedio. También se aplica este escrutinio cuando la distinción se motive en la ilegitimidad de un hijo.²⁷⁹ Los elementos de este nivel de escrutinio son:²⁸⁰

- a) Determinar si los objetivos e intereses que persigue el gobierno a través de la distinción son importantes, significativos o sustanciales;
- b) Determinar si existe una relación sustancial entre los medios empleados al realizar la distinción y el objetivo perseguido;
- c) Determinar si la limitación que impone la distinción no es más gravosa de lo que es necesaria para alcanzar los fines perseguidos;

4.1.4 El escrutinio estricto

Por último, el grado más riguroso del escrutinio es aquel que aplica para las distinciones que aparentemente discriminan por motivo de las llamadas categorías sospechosas. Las categorías típicamente sospechosas en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos son la raza, origen nacional o condición de extranjería, ya que se considera que estas situaciones son tan ajenas a cualquier objetivo estatal legítimo, que se presume

²⁷⁶ Corte Suprema de Estados Unidos; *Federal Communications Commission and United States, Petitioners v. Beach Communications, Inc. et al.*; (92-603), 508 U.S. 307 (1993); de 1 julio de 1993.

²⁷⁷ Strauss, Marcy; Op. Cit.; página 135.

²⁷⁸ Corte Suprema de Estados Unidos; *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976); de 20 de diciembre de 1976.

²⁷⁹ Corte Suprema de Estados Unidos; *Mathews v. Lucas*, 427 U.S. 495, 518 (1976); de 29 de junio de 1976.

²⁸⁰ Kelso, R. Randall; Op. Cit. páginas 227 y 228.

que estas distinciones vigorizan perspectivas prejuiciosas.²⁸¹ Ante la inverosimilitud de que se corrijan estas graves distinciones en la vía legislativa, en la cual se crearon, esta legislación es sometida al escrutinio estricto,²⁸² en el cual se verifica su sustentabilidad solo con argumentos de mucho peso. Según la doctrina jurisprudencial estadounidense, estas categorías requieren de una tutela más agresiva y pueden detectarse al verificarse los siguientes escenarios:²⁸³ a) la existencia de una deficiencia en el proceso legislativo que tienda a rechazar a los miembros de esta clase sospechosa; b) si la distinción se dirige a minorías religiosas, nacionales o raciales, o reflejan animosidad en contra de minorías discretas e insulares; c) si la clasificación se proyecta sobre un elemento inmutable y esencial de la persona; d) si la clasificación es producto de estereotipos basados en patrones históricamente discriminatorios; e) si la distinción se basa en un rasgo que no depende de la voluntad del individuo; f) si un derecho fundamental está de por medio. Estos criterios se remontan, en gran medida, a una célebre nota al pie (nota al pie de página número 4), propuesta por el Magistrado Stone, en el caso *United States v. Carolene Products Co.*²⁸⁴ Los elementos de este test estricto son:²⁸⁵

- a) Determinar si los objetivos e intereses que se persiguen son imperiosos y primordiales;
- b) Determinar si los medios empleados guardan una relación directa con la consecución del objetivo intentado;
- c) Determinar si se implementaron los medios menos restrictivos posibles para la consecución de dicho objetivo.

Es improbable que una distinción resista el escrutinio estricto. Sin embargo, es posible que suceda, como cuestionablemente sucedió en el caso *Korematsu v. United*

²⁸¹ Corte Suprema de Estados Unidos; *Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432 (1985); de 1 de julio de 1985.

²⁸² Loc. Cit.

²⁸³ Kelso, R. Randall; Op. Cit; nota al pie 20, página 229.

²⁸⁴ Corte Suprema de Estados Unidos; *United States v. Carolene Products Co.*; 304 U.S. 144 (1938); de 25 de abril de 1938.

²⁸⁵ Kelso, R. Randall; Op. Cit. páginas 227 y 228.

States.²⁸⁶ En otros casos, como el caso relativo a la prohibición del matrimonio interracial *Loving v. Virginia*,²⁸⁷ se resolvió de manera más previsible, declarando inválida dicha prohibición.

Como es posible reparar, los diferentes grados del escrutinio de igualdad que utiliza la Corte Suprema de Estados Unidos responden a los tres mismos cuestionamientos: la validez de los intereses perseguidos con la distinción; la relación entre los medios empleados y el fin perseguido; y el alcance de la limitación impuesta al distinguir.²⁸⁸ Lo que varía en cada uno es la intensidad en su aplicación, en función del tipo de categoría en que se funde la distinción. Sobre esa lógica, los motivos más protegidos provocan la implementación de un test más riguroso.

4.2 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

4.2.1 El test ordinario o flexible

El test de igualdad que la Suprema Corte utiliza comúnmente tiene tres pasos, los cuales se ajustan de manera evidente al juicio de proporcionalidad. Estos se pueden extraer de la sentencia del amparo 2199/2009, y se conforman por los siguientes subcriterios:²⁸⁹

- En primer lugar se debe determinar si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida. Esto significa que el legislador no puede hacer distinciones de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con la finalidad de avanzar la consecución de objetivos válidos a la luz de la Constitución mexicana, ya sea por objetivos admitidos dentro de los límites constitucionales o fines expresamente mandados por la Constitución.
- El segundo elemento se ha denominado como de racionalidad o adecuación. Requiere que la medida de distinción introducida represente un medio apto para la

²⁸⁶ Corte Suprema de Estados Unidos; *Korematsu v. Unites States*; 323 U.S. 214; de 18 de noviembre de 1944.

²⁸⁷ Corte Suprema de Estados Unidos; *Loving v. Virginia*; 388 U.S. 1 (1967); de 12 de junio de 1967.

²⁸⁸ Kelso, R. Randall; *Op. Cit.*; página 228.

²⁸⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Amparo en revisión, expediente 2199/2009; considerando quinto.

consecución del fin que se persigue y que por ende exista una relación de 'instrumentalidad' entre la medida clasificatoria y el fin pretendido.

- El último elemento hace referencia a la proporcionalidad propiamente dicha. El legislador tiene prohibido perseguir objetivos legítimos constitucionalmente si la manera de perseguirlos es francamente desproporcional. Para determinar esta proporcionalidad, se deben tomar en cuenta aspectos como los elementos fácticos, la finalidad de la ley examinada y los bienes y derechos que esta ley afecta.

Como se puede desprender de lo anterior, la Suprema Corte adopta, en esta versión ordinaria o flexible, un test muy apegado al juicio de proporcionalidad. La variación relevante que se observa respecto a la misma, es que se cambia el subcriterio de necesidad por el fin legítimo o *proper pupose*.

4.2.2 El escrutinio estricto

El escrutinio estricto de la Suprema Corte mexicana y sus diferencias con el test ordinario se han establecido de manera clara en la sentencia del expediente 581/2012, relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo en México. En ella, la Suprema Corte refiere que cuando un reclamo se basa en una categoría sospechosa, se debe aplicar un escrutinio estricto.²⁹⁰ La Suprema Corte considera que una distinción se basa en un motivo sospechoso cuando: a) la distinción tiene como motivo alguno de los criterios contenidos en el artículo 1º de la Constitución Federal de México,²⁹¹ los cuales son “*origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas*”²⁹²; y b) la distinción tiene una proyección fundamental sobre derechos garantizados por la constitución.²⁹³

²⁹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Amparo en revisión, expediente 581/2012; considerando octavo.

²⁹¹ Loc. Cit.

²⁹² Congreso Constituyente, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus reformas; Op.Cit.; artículo 1º.

²⁹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Amparo en revisión, expediente 2199/2009; considerando quinto.

En estos casos, opera la presunción de inconstitucionalidad en contra de las normas que hacen estas distinciones.²⁹⁴

Los elementos que integran el test estricto y que aplican cuando se hacen distinciones basadas en categorías sospechosas son:²⁹⁵

- El primer elemento consiste en determinar si la distinción persigue una finalidad imperiosa. Ya no es suficiente que se persiga un fin constitucionalmente viable, como en el test flexible. Esto es el equivalente a lo que en la jurisprudencia estadounidense se denomina *compelling interest*, lo cual se abordó *supra*. Para comprender este elemento, es válido decir que la distinción debe satisfacer un mandato de categoría constitucional, y no se cumple con este requerimiento si la distinción solamente es válida, a la luz de la Constitución. Debe también ser obligatoria a luz de la Constitución.
- El segundo subcriterio hace referencia a analizar si la distinción legislativa está estrecha y directamente vinculada a la finalidad perseguida. Ya no es suficiente que la distinción sea un medio apto. Debe estar totalmente encaminada a conseguir la finalidad. En la jurisprudencia estadounidense, se utiliza la expresión *narrowly tailored*.
- El tercer subcriterio determina que se utilice la medida menos restrictiva posible para la consecución del fin. La expresión equivalente en la teoría norteamericana es *the least restrictive means*.

Esta versión estricta del juicio de igualdad incluye el subcriterio de necesidad, como su tercer elemento y abandona la utilización de la proporcionalidad en sentido estricto, respecto de la versión flexible. Según la autora Coenesa, la Suprema Corte mexicana, al adoptar diferentes grados de intensidad de aplicación de este test de igualdad, ha “tropicalizado” el mismo en relación con otros juicios implementados en diferentes

²⁹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Amparo en revisión, expediente 581/2012; considerando octavo.

²⁹⁵ Loc. Cit.

países.²⁹⁶ Para ello, se utilizó como parámetro la misma Constitución y la redacción del su primer artículo.

4.3 Corte Constitucional de Colombia

4.3.1 El juicio de igualdad como juicio de proporcionalidad

El tribunal constitucional colombiano, a lo largo de los años, ha adoptado modelos con diferentes orígenes para establecer su juicio de igualdad hasta diseñar su propio modelo. El primer modelo que adoptó tiene gran influencia del juicio de proporcionalidad de origen europeo (establecido por el Tribunal Constitucional Alemán y propugnado por Alexy), el cual se aplicó en la sentencia de la demanda de inconstitucionalidad C-022/96.²⁹⁷ La Corte se refirió a este modelo como un test de razonabilidad. El mismo contiene los siguientes elementos:

- Determinar la existencia de un objetivo tras el tratamiento desigual.
- Determinar la validez de ese objetivo constitucionalmente.
- Establecer la razonabilidad del trato, es decir, la proporcionalidad entre el trato y el fin perseguido. Este elemento se entiende más claramente si se le denomina proporcionalidad en sentido amplio, ya que según estableció la misma Corte en el precedente recién citado, este criterio subsume los tres criterios propios de la proporcionalidad. Estos son adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El jurista Bernal Pulido ha criticado la incorrecta denominación de este escrutinio, al confundir los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad.²⁹⁸ No obstante la nomenclatura, el tercer elemento refleja claramente el concepto clásico de proporcionalidad.

²⁹⁶ Coenesa Labastida, Luisa; Op. Cit.; página 370 y 371

²⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-22/96; 23 de enero de 1996; párrafo 6.3.3.

²⁹⁸ Suárez Varón, Martín Leonardo; Op. Cit.; página 111.

4.3.2 El juicio de igualdad de influencia norteamericana

El segundo modelo implementado incluye de manera notable el aporte de la Suprema Corte de Estados Unidos. Para el efecto, se elaboran tres diferentes escrutinios que deben aplicar según la categoría que sea motivo de la distinción.

- El primero de los escrutinios es el escrutinio débil, el cual es el equivalente conceptual al escrutinio de racionalidad mínima en Estados Unidos. Aplicará por regla general y cuando exista un ámbito amplio de apreciación al legislador.²⁹⁹ Aplica por ejemplo, cuando se examinan medidas económicas, tributarias, en materia de política internacional y normas preconstitucionales.³⁰⁰ Este escrutinio incluye dos exigencias: que la distinción persiga un fin legítimo y que los medios empleados sean adecuados para alcanzar dicho fin.³⁰¹
- El escrutinio intermedio se aplicó en los casos en que la medida denunciada afectaba un derecho constitucional no fundamental o cuando se detectaba indicio de afectación a la libre competencia. Este escrutinio implica un juicio con dos requerimientos. El primero consiste en determinar si el fin perseguido es constitucionalmente importante, es decir, contemplados en la Constitución o de gran magnitud. El segundo requerimiento conlleva el supuesto de que el medio empleado efectivamente conduzca al fin perseguido. Estos elementos pueden extraerse de la sentencia C-673/01.³⁰²
- El escrutinio estricto aplica en los siguientes casos:³⁰³ cuando se distingue con motivo en algunas de las condiciones enumeradas en el artículo 13, inciso 1° de la Constitución de Colombia (razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica);³⁰⁴ cuando la distinción se hace a grupos marginados, discriminados, débiles o que posean una debilidad manifiesta; cuando

²⁹⁹ Bernal Pulido, Carlos; Universidad del Externado de Colombia; El juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana; Op. Cit.; citando sentencias C-673/2001 y C-265/1994 de la Corte Constitucional de Colombia.

³⁰⁰ Suárez Varón, Martín Leonardo; Op. Cit.; página 134.

³⁰¹ Bernal Pulido, Carlos; Universidad del Externado de Colombia; El juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana; Op. Cit.

³⁰² Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-673/01; de 28 de junio de 2001; párrafo 7.2.

³⁰³ Loc. Cit.

³⁰⁴ Asamblea Nacional Constituyente de Colombia; Constitución Política de Colombia; 6 de julio de 1991.

se afecta un derecho constitucional fundamental. También aplicará, según estableció la Corte en otra sentencia, cuando la distinción se funde en rasgos permanentes de la persona, que no dependan de la voluntad del individuo; cuando han sido históricamente menospreciada las personas con dicho rasgo; cuando no constituya un criterio razonable para la distribución equitativa de derechos y cargas en una sociedad.³⁰⁵

Este escrutinio estricto adopta los siguientes elementos: a) El fin que persigue la medida debe ser imperioso; b) el medio escogido debe ser necesario, en el sentido de que no exista un medio menos gravoso para obtener el mismo fin; c) debe superarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir que los beneficios de la medida sean mayores que las limitaciones.³⁰⁶ El escrutinio estricto incluye este tercer elemento, a diferencia de los dos anteriores.

4.3.3 El juicio integrado de igualdad

El juicio integrado contiene una fusión del juicio norteamericano y del juicio de proporcionalidad de origen europeo. Este juicio integrado se desarrolló en la sentencia C-93/01,³⁰⁷ y tiene la pretensión de incluir las ventajas más relevantes de cada test. Este juicio comprende los siguientes elementos:³⁰⁸

- El primer paso consiste en determinar la intensidad del escrutinio. Para ello, se utilizarán los mismos razonamientos que se utilizan en el juicio anterior de influencia norteamericana. Es decir, se escogerá el test débil, intermedio o estricto según la importancia del motivo de la distinción.
- El segundo paso es el de adecuación. Se aplicará la adecuación en la intensidad diferente según el escrutinio sea débil, intermedio o débil.
- Por último se aplicará la indispensabilidad o necesidad. Aquí también se aplicará este elemento de conformidad con el escrutinio elegido. Por ejemplo, si se eligió el escrutinio estricto, la distinción debe ser necesaria e indispensable, mientras que si

³⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia; C-371/00; de 28 de junio de 2001; párrafo 17.

³⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-673/01; Op. Cit.; párrafo 7.2.

³⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-93/01; de 31 de enero de 2001.

³⁰⁸ Loc. Cit.;8.

se optó por el escrutinio débil bastará que la media no sea manifiestamente innecesaria.³⁰⁹

Así, este Tribunal Constitucional reconoció expresamente que adoptaba los juicios de igualdad adoptados en otros países, pero los integró de tal manera que estableció un juicio propio.

4.4 Tribunal Constitucional del Perú

4.4.1 El test de proporcionalidad aplicado en casos de igualdad

El Tribunal Constitucional peruano ha adoptado y aplicado el test de proporcionalidad para determinar si un trato diferenciado comporta un trato discriminatorio, y por tanto establecer si existe una contravención, al “derecho-principio de igualdad”, según le ha denominado ese órgano jurisdiccional.³¹⁰

El tribunal peruano ha aplicado expresamente el juicio de proporcionalidad, tal como lo desarrolla Alexy, en casos relativos a igualdad. Esto se puede apreciar en los expedientes No. 0048-2004-PI/TC³¹¹ y No. 1711-2004-AA/TC,³¹² en los que se utilizan precisamente los subcriterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, este tribunal también ha utilizado, en otras ocasiones, la proporcionalidad con elementos adicionales a los propios de la proporcionalidad, en casos de igualdad. Los elementos que integran este examen matizado del tribunal

³⁰⁹ Bernal Pulido, Carlos; Universidad del Externado de Colombia; El juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana; Op.Cit.

³¹⁰ Tribunal Constitucional del Perú; sentencia del expediente. N° 045-2004-PI/TC, fundamento jurídico 31. Citado en Nogueira Alcalá, Humberto; “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”; *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*; Revista No. 10.; España; 2006; Universidade da Coruña; Página 815.

³¹¹ Tribunal Constitucional del Perú; Sentencia del expediente No. 0048-2004-PI/TC; fundamento jurídico 65.

³¹² Tribunal Constitucional del Perú; Sentencia del expediente No 1711-2004-AA/TC; fundamento jurídico 4.

peruano se pueden extraer de la sentencia No. 045-2004-PI/TC,³¹³ y comprenden los siguientes elementos:

- Determinación del tratamiento legislativo diferente, o diferenciador. Esto se refiere a la limitación aparente a la igualdad que se introduce a través de un trato diferenciado en determinada norma. Este trato puede perseguir un fin válido, pero a la vez puede parecer oponerse a la prohibición de discriminar.
- Determinación de la intensidad de la intervención. La injerencia puede tener tres diferentes intensidades, según el motivo por el cual se diferencie. Esto se amplía en el siguiente apartado.
- Determinación de la finalidad del tratamiento diferente. Esta comprende dos aspectos, el objetivo y fin. El objetivo hace referencia al estado de las cosas que el legislador pretende alcanzar. El fin es el principio o derecho que se consigue observar u optimizar con la consecución de lo pretendido.
- Examen de idoneidad. Consiste en establecer si el tratamiento diferenciado conduce a la consecución la finalidad perseguida.
- Examen de necesidad. Se refiere a analizar si existen medios menos gravosos para alcanzar el fin pretendido.
- Examen de proporcionalidad en sentido estricto. Implica comparar entre el grado de consecución del fin constitucional y la intensidad de la intervención.

Como es evidente, los últimos tres elementos de este juicio son los que replican el juicio de proporcionalidad de Alexy. El primero incluye una apreciación de hecho. El segundo, incluye la categoría por la cual se distingue, y el tercer elemento incluye el elemento del fin legítimo.

4.4.2 Categorías sospechosas y la intensidad de la intervención.

El órgano jurisdiccional constitucional peruano se refiere al segundo elemento del test de una manera curiosa. El segundo de los elementos del test, incluye lo relativo a la

³¹³ Tribunal Constitucional del Perú; Sentencia del expediente No. 045-2004-PI/TC; fundamento jurídico 33-41.

intensidad de la intervención en la igualdad y establece que se debe determinar la intensidad con base al motivo de la diferenciación.

Según la sentencia se deberá calificar la intervención como grave, media o leve, según los siguientes criterios³¹⁴:

- La intensidad de la intervención será grave, cuando el motivo de la distinción sea uno de los contenidos en el artículo 2, inciso 2 de la misma (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole), y que además tenga como consecuencia el impedimento del goce o ejercicio de un derecho constitucional o fundamental.
- La intensidad será media cuando se base en uno de las ya referidas condiciones contenidas en el artículo 2.2 de la Constitución, y que además tenga como consecuencia el impedimento del goce o ejercicio de un derecho rango meramente legal. En este caso, como en el anterior, la expresión condición de *'cualquier otra índole'* plantea la interrogante de si pueden incluirse otras condiciones además de las expresamente referidas.
- La intensidad será leve cuando la distinción se motive en una categoría no incluida en la constitución, que además tenga como efecto el impedimento de un derecho de rango meramente legal.

La configuración de este segundo elemento es interesante en la medida en que en un mismo aspecto incluye por un lado las categorías sospechosas y por otro lado la intervención de la medida, la cual en su ecuación Alexy expresaba como *'IP'C'*, como se hizo se refirió anteriormente en esta investigación. De alguna manera las considera como equivalentes, o las fusiona en un solo aspecto. En la fórmula de Alexy, la intensidad de la intervención es algo que se examina en el elemento de proporcionalidad en sentido estricto. En el desarrollo de la teoría estadounidense, las categorías sospechosas determinan el grado de intensidad del test a aplicarse. Aquí, ambas se incluyen en un elemento.

³¹⁴ *Ibíd.*; fundamento jurídico 35.

4.5 Corte Interamericana de Derechos Humanos

4.5.1 El juicio de proporcionalidad de la Corte Interamericana

El tribunal interamericano no ha adoptado de manera expresa un juicio de igualdad. Esto no significa que no haya abordado la idea de proporcionalidad en torno a los derechos fundamentales, y que no haya aplicado específicamente la noción de proporcionalidad en materia de igualdad.

La primera referencia sobresaliente que hizo la Corte Interamericana sobre este aspecto, se remonta a una de sus primeras resoluciones, la Opinión Consultiva número 4, solicitada por la República de Costa Rica. En ella, la Corte resolvió que una distinción no será discriminatoria si *“part[e] de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”*³¹⁵

A pesar de que la resolución es consultiva y no de carácter contencioso, de la misma se pueden extraer elementos importantes como la necesidad de que existan objetivos válidos que justifiquen la distinción y que exista una proporcionalidad entre estos y la distinción en cuestión.

Además, la Corte ha utilizado su propia versión del juicio de proporcionalidad, y le ha denominado de esa forma cuando ha tenido que examinar intervenciones a otros derechos humanos.³¹⁶ En dicho examen incluyó aspectos como i) la legalidad de la medida, es decir, si la limitación está contemplada en la legislación respectiva; ii) si la medida persigue una finalidad legítima a la luz de la CADH; iii) la necesidad de la

³¹⁵ Corte IDH; Opinión Consultiva OC-4/84; Op. Cit.; párrafo 57.

³¹⁶ Corte IDH; Corte IDH; Caso Kimel Vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 2 de mayo de 2000; Serie C No. 177; párrafos 51-95. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 144.

medida, y iv) la proporcionalidad estricta. Este evidentemente es un juicio de proporcionalidad, en la medida en que adopta sus elementos.

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sí ha adoptado un test de igualdad, el cual se utilizó en el caso *Marcelino Hanríquez y otros v. Argentina*, en el cual se incluyeron los siguientes aspectos³¹⁷:

- a) Que exista una diferencia de trato entre situaciones análogas;
- b) Que la distinción tenga una justificación objetiva y razonable;
- c) Que exista proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

Como órgano encargado de recibir y tramitar inicialmente los casos en materia de violaciones a Derechos Humanos y teniendo en cuenta que la Comisión Interamericana posee competencias específicas dentro del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, no es raro que la Corte adopte un criterio anteriormente sentado por la Comisión. No obstante ello, hasta el momento ha sido únicamente la Comisión quien ha elaborado un test de igualdad expresamente.

4.5.2 Las categorías sospechosas en el Sistema Interamericano

La Corte tampoco ha abordado de manera profusa el tema de las categorías sospechosas. El artículo 1.1 de la CADH contiene expresamente algunas condiciones por las cuales no es posible discriminar, como raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.³¹⁸ La Corte ha establecido que estas y otras categorías que no se detallan de manera específica, se encuentran protegidas por la CADH.³¹⁹ Además de establecer que no se pueden restringir derechos por estos motivos, no se concreta si existe alguna consecuencia más específica de la determinación de categorías sospechosas. Sin embargo, en el caso de *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, a través de una nota al pie de página, la Corte sí elabora, de manera un

³¹⁷ CIDH; Caso Marcelino Hanríquez y otros v. Argentina; informe No. 73/00 de 3 de octubre de 2000; párrafo 36.

³¹⁸ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Op. Cit.

³¹⁹ Corte IDH; Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile; Op. Cit. párrafo 91.

poco sutil, qué elementos son relevantes para que una condición social sea considerada como categoría sospechosa. Consideró que según fuentes del derecho internacional y comparado, la orientación sexual constituye una categoría sospechosa porque a) se refiere a un aspecto central de la identidad de la persona; b) porque este grupo ha sido discriminado históricamente; c) al ser una minoría, tiene acceso más restringido a posiciones relevantes de poder, lo cual obstaculiza remover las limitaciones a este grupo; d) la orientación sexual no es un criterio válido para distribuir bienes y cargas dentro de una sociedad.³²⁰ Estos mismos criterios sin duda serán válidos para establecer nuevas categorías sospechosas.

4.6 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

4.6.1 El juicio de igualdad del Tribunal Europeo

El TEDH también ha sido muy claro al establecer criterios para determinar la validez de una distinción. Desde su caso de 1968, relativo a ciertos aspectos del idioma de la educación en Bélgica, se ha dejado claro que una distinción será válida si posee una justificación objetiva y razonable, y que existen dos elementos muy concretos que las distinciones deben satisfacer para cumplir con esta premisa.³²¹ El primero de ellos se refiere a que debe existir un fin legítimo en la distinción y el segundo de ellos hace alusión a que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Estos dos criterios ya han sido plenamente sentados dentro de la jurisprudencia europea.³²² Si bien el Tribunal no utiliza expresamente la palabra “test” o “juicio”, es evidente que se hace una evaluación de proporcionalidad en sus casos relativos a igualdad, a partir de estos criterios, lo cual sustancialmente es lo mismo.

³²⁰ *Ibíd.*; párrafo 92, nota al pie de página 114.

³²¹ TEDH; Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (fondo); sentencia de 23 de julio de 1968; párrafo 10.

³²² TEDH; Case of Thlimmenos v. Greece; sentencia de 6 de abril de 2000; párrafo 44. TEDH; Case of Inze v. Austria; sentencia de 29 de octubre de 1987; párrafo 41.

4.6.2 Categorías sospechosas en la jurisprudencia del TEDH

En general, el TEDH ha otorgado cierto margen de apreciación a los Estados para que decidan en qué medida y bajo qué circunstancias las circunstancias ameritan un trato diferenciado, según el contexto de cada caso.³²³ A pesar de ello, si una restricción se dirige en contra de un grupo que ha sido sujeto de discriminación históricamente, este margen se vuelve notablemente más restringido y estrecho, por lo cual se deberán prestar justificaciones muy importantes para que sean permitidas esas distinciones.³²⁴ En su jurisprudencia el Tribunal Europeo ha establecido que categorías como el sexo, la orientación sexual, raza, etnicidad, discapacidad mental o física, constituyen grupos vulnerables que ameritan una protección rigurosa.³²⁵ Es decir, la distinción que se hace con motivo a estas clasificaciones minimiza el margen de apreciación de los Estados. En el caso del TEDH, como en el de la Corte IDH, no se detallan tampoco de manera más precisa las consecuencias del reconocimiento de una categoría sospechosa, más allá de establecer que disminuye el margen de apreciación del cual comúnmente goza un Estado, contrario a lo que sucede en otros órganos que establecen tests con criterios más rigurosos que se deben aplicar en esos casos.

4.7 Tribunal Constitucional de España

4.7.1 El juicio de proporcionalidad en materia de igualdad

En términos generales, el Tribunal Constitucional Español ha establecido reiteradamente que las distinciones que se consideran discriminatorias son aquellas que introducen una diferencia entre situaciones que deben considerarse iguales sin proveer una justificación objetiva y razonable para ello.³²⁶ Sobre la base de esta lógica, este tribunal ha construido metodológicamente la aplicación del juicio de proporcionalidad, en materia de igualdad.

³²³ TEDH; Case of Inze v. Austria; sentencia de 29 de octubre de 1987; párrafo 41.

³²⁴ TEDH; Caso Kiyutin Vs. Rusia. Op. Cit.; párr. 63.

³²⁵ Loc. Cit.

³²⁶ Tribunal Constitucional de España; STC 117/1998, de 2 de junio de 1998; fundamento jurídico 8. Tribunal Constitucional de España; STC 90/1995, de 9 de junio de 1995; fundamento jurídico 4, B).

Se debe mencionar, que aunque el tribunal hace referencia a un juicio de proporcionalidad, el mismo no es aplicado con una indicación sumamente taxativa de los elementos que configuran este test. La magistratura española se limita a establecer que *“el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”*.³²⁷ Posteriormente a esa enunciación, la práctica es hacer un análisis de estos tres extremos (medida, resultado y finalidad pretendida) para alcanzar una conclusión.

Sin embargo, también es práctica del tribunal, previo al análisis propiamente dicho de estos aspectos, determinar si:

- a) Efectivamente se haya introducido una diferencia entre distintos grupos o categorías de personas;³²⁸
- b) Las situaciones que se deseen comparar son semejantes o comparables, es decir, que la comparación no sea arbitraria³²⁹.

Una vez se han acreditado esos extremos, el tribunal procede a realizar la licitud de la medida, a la luz de los criterios establecidos anteriormente.

4.7.2 El examen riguroso de igualdad

La Constitución española contiene en su artículo 14 el mandato general de igualdad ante la ley, en el cual se proscribe la discriminación por motivo de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.³³⁰ Estas categorías no se desarrollan de manera exhaustiva, pero sí están enunciadas con la finalidad de explicitar una serie de condiciones que en España se consideran que han

³²⁷ Tribunal Constitucional de España; STC 340/1993, de 16 de noviembre de 1993; fundamento jurídico 4. Tribunal Constitucional de España; STC 110/1993, de 25 de marzo de 1993; fundamento jurídico 4.

³²⁸ Tribunal Constitucional de España; STC 181/2000, de 29 de junio; fundamento jurídico 10.

³²⁹ Tribunal Constitucional de España; STC 148/1986, de 25 de noviembre; fundamento jurídico 6.

³³⁰ Cortes españolas; Constitución Española y sus reformas; Op. Cit.; artículo 14.

sido históricamente utilizadas para posicionar a grupo en situaciones desfavorables y contrarias a la dignidad del ser humano.³³¹

Las consecuencias de realizar una distinción que se base en uno de los motivos enumerados son, en primer término, aplicar un juicio de 'legitimidad constitucional' mucho más estricto, y con un mayor rigor en las exigencias del juicio de proporcionalidad.³³² No parecen indicarse claramente en qué consiste este mayor rigor en la jurisprudencia constitucional, pero es evidente que las justificaciones deberán ser mucho más trascendentales que cuando se distingue por motivo ajeno a los contenidos en el artículo 14 referido. Asimismo, otra consecuencia será que la carga de demostrar la justificación de la distinción recaerá sobre quien asume la defensa de la misma, y que el legislador sólo puede utilizar estos criterios excepcionalmente.³³³

4.8 Corte de Constitucionalidad de Guatemala

4.8.1 El desarrollo jurisprudencial del principio de igualdad

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala reconoce que los derechos fundamentales deben operar dentro de un esquema en el que estos derechos necesariamente deban poder ser restringidos. La Corte afirma que los derechos contenidos en la parte dogmática de la Constitución de Guatemala no están concebidos en términos absolutos, pues otorgar una libertad absoluta a unos implicaría negarla a otros, y deviene del hecho de que vivimos en sociedad que se deban limitar los derechos fundamentales.³³⁴ Este razonamiento es totalmente congruente con la idea de proporcionalidad, que admite que los derechos deben sopesarse a manera de garantizarlos equilibrada y armónicamente entre sí.

Al respecto de la igualdad, la Corte ha declarado en muchísimas ocasiones que "*el artículo 4º de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales*

³³¹ Tribunal Constitucional de España; STC 214/2006, de 3 de julio de 2006, fundamento jurídico 2.

³³² Tribunal Constitucional de España; STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002; fundamento jurídico 4.

³³³ Tribunal Constitucional de España; STC 214/2006; Op. Cit.; fundamento jurídico 2.

³³⁴ Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de carácter general; expediente 165-91, Gaceta No. 22; considerando I.

sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias”.³³⁵ Por ello, el principio de igualdad, según la Corte es “un derecho a que no se establezcan excepciones que excluyan a unos de los que se concede a los otros en iguales circunstancias”.³³⁶ Para este tribunal, la igualdad tiene fundamento en términos éticos, ya que materialmente, las diferencias entre las personas son evidentes.³³⁷ Además, el fundamento jurídico de la igualdad se expresa por un lado en su reconocimiento constitucional, y por otro lado al constituir un principio general del Derecho.³³⁸

Asimismo, la Corte ha sido sumamente consistente en una diversidad de diferentes casos en los que ha establecido que una distinción será válida cuando responda a la “necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge”.³³⁹ A pesar de que de esta formulación es posible extraer unos parámetros valiosos, es importante notar que la Corte de Constitucionalidad no los ha aplicado precisamente como elementos que integren parte de un juicio o test, *per sé*. En ese sentido, se debe considerar el valor real de esta reiterada cita como un criterio, pero no como una serie de requisitos que deben de examinarse integradamente como un test.

³³⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de carácter general; expedientes acumulados 404-2002 y 492-2002; Gaceta No. 67; considerando IV. Corte de Constitucionalidad; Inconstitucionalidad de carácter general; expediente 1490-2001; Gaceta No. 73; considerando II. Corte de Constitucionalidad; Inconstitucionalidad de ley en caso concreto; expediente 4349-2012; Gaceta No. 108; considerando III.

³³⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de Carácter General; expedientes acumulados 1060-2003 y 1064-2003; Gaceta No. 70; considerando III.

³³⁷ Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Ampara en Única Instancia; expediente 1361-2006; Gaceta No. 83; considerando III.

³³⁸ Loc. Cit.

³³⁹ Aizenstatd Leistenschneider; N. Alexander; “Medir con la Misma Vara: Parámetros Generales de Escrutinio Judicial para la Evaluación de Limitaciones al Derecho Constitucional a la Igualdad”; *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*; Volumen 58:29; Guatemala; 2009; Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; página 38, nota al pie número 49; el autor cita entre muchos otros casos Corte de Constitucionalidad; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 141-92, Gaceta No. 24; Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad Parcial expediente No. 2243-2005, Gaceta No. 88. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad Parcial, expediente No. 549-2006, Gaceta No. 86. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 458-2002, Gaceta No. 65. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad en caso concreto; expediente No. 885-2002, Gaceta No. 66.

4.8.2 La aplicación del juicio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional

4.8.2.a El caso de la multa a los Notarios (2729-2011)

No obstante lo anterior, la Corte se encuentra familiarizada con el concepto de proporcionalidad y lo ha aplicado en la resolución de casos. Existe un precedente en el cual la Corte parecía sugerir la adopción de un juicio de proporcionalidad. Éste es el expediente 2729-2011, en el que se examinó la disposición normativa relativa a las multas a los Notarios Públicos en caso dejasen de cumplir sus deberes notariales de remitir los testimonios especiales y avisos a las instituciones correspondientes. A pesar de que se argumenta que la norma denunciada vulnera la igualdad, no es expresamente sobre la base de este argumento que la Corte otorga la inconstitucionalidad, por lo cual no puede ser considerado este un precedente de la aplicación de la proporcionalidad en materia de igualdad. Llama la atención que en un primer término esta sentencia hace referencia al juicio de proporcionalidad (el cual la corte denomina examen de razonabilidad y proporcionalidad y el cual contiene los elementos clásicos de adecuación, necesidad y proporcionalidad), pero inmediatamente después hace alusión a los diferentes grados de escrutinio que ha aplicado la Corte Suprema estadounidense, y concluye que aplicará el examen del escrutinio de la racionalidad mínima.³⁴⁰ A pesar de que no se explica con claridad cómo se aplican los criterios de este test de racionalidad mínima, la Corte señala que el mismo es aplicado no sólo a la disposición impugnada integralmente, sino además por separado y de manera específica a las frases que establecen la cuantía de la multa. La conclusión de la aplicación de este juicio es que el medio escogido por el legislador no es idóneo y permite discrecionalidad en la sanción a imponerse.³⁴¹ La medida no sólo no es idónea, según argumenta la Corte, sino que además es inconstitucional porque vulnera la prohibición constitucional de imponer multas confiscatorias. Se advierte que en este caso la Corte confunde la idoneidad (o adecuación) con la necesidad. Es decir, si el medio escogido es muy severo e incluso inconstitucional, entonces el medio no es necesario, en el sentido de que existen medios menos restrictivos para alcanzar ese fin.

³⁴⁰ Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de Carácter General; expediente 2729-2011, Gaceta No. 105; considerando IV.

³⁴¹ *Ibíd.*; considerando VI.

Por otro lado y contrario a lo que establece la Corte, la medida sí sería adecuada o idónea en el sentido de que la multa sí produce el efecto perseguido, el cual es, según la misma Corte, llevar un adecuado control administrativo de las funciones del Notario.³⁴² Esa multa sí representa una medida encaminada a favorecer ese mejor control administrativo. Además de ello, no existe claridad en la aplicación de los elementos de este test, ni claridad en cuanto a cómo se aplicó la racionalidad mínima. Esto no obsta a que sea posible deducir que la Corte implementa con claridad elementos del juicio de proporcionalidad, pero también alude a conceptos claramente provenientes de la corriente de Estados Unidos que se aplican para estudiar la restricción a ciertos derechos constitucionales. Este caso constituye un importante precedente en la jurisprudencia constitucional porque reconoce la influencia e importancia del juicio de igualdad norteamericano y viabiliza el poder utilizar posteriormente el test de intensidades en la jurisdicción constitucional.

4.8.2.b El caso de las regresividad de las prestaciones del Programa de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia del IGSS

La Junta Directiva del IGSS emitió el acuerdo 1257, a través del cual se imponían limitaciones a los afiliados al Programa de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia del IGSS, al aumentar el tiempo para alcanzar ciertos beneficios, y al aumentar el número de contribuciones, entre otras. La Corte para examinar la constitucionalidad de esa disposición utilizó lo que denominó el test de razonabilidad y proporcionalidad. Básicamente, en él se contraponían la protección financiera del IGSS y, por otro lado, los derechos de progresividad y no regresividad de sus afiliados. El test referido está integrado por los siguientes elementos:³⁴³

- a) Establecer si la medida busca satisfacer un fin constitucional. Este elemento del test, según explicó la Corte en el considerando V de la sentencia, es a lo que se refiere el

³⁴² Loc. Cit.

³⁴³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de Carácter General; expedientes acumulados 3-2011, 4-2011, 52-2011, Gaceta No. 105; considerando V y VII.

test de razonabilidad.³⁴⁴ Por lo cual, es posible aducir que los siguientes elementos son los que integran el juicio de proporcionalidad.

- b) Establecer si la medida resulta ser válida para lograr la finalidad perseguida.
- c) Establecer si el medio propuesto es el necesario entre otras alternativas para obtener el fin perseguido.
- d) Que no sea afectado el contenido esencial del derecho fundamental comprometido.
- e) El beneficio debe ser proporcional al costo que acarrea la medida.

Como se observa, este test de razonabilidad y proporcionalidad que ha creado la Corte tiene algunos parámetros particulares. En este escrutinio, en comparación al caso anterior de la multa a los Notarios, existe mucha mayor claridad en los elementos del test aplicado. Además, se aplican los elementos del test de manera expresa.

Dentro de algunas de estas particularidades se denota que la Corte básicamente aplica el juicio de proporcionalidad agregándole algunas connotaciones propias. Por ejemplo, lo que la Corte denomina razonabilidad, es muy similar al elemento del test de proporcionalidad que suele llamarse fin legítimo. Este elemento sirve para determinar si la limitación es permisible en función de la Constitución Política, es decir si la Constitución permite u ordena que se cumpla el fin perseguido. Asimismo adopta, como un elemento original, la no afectación al contenido esencial del derecho fundamental comprometido.

Para comprender este elemento, es necesario hacer alusión a la teoría del contenido esencial del derecho, que se ha explicado en esa misma sentencia, citando el expediente 387-2010.³⁴⁵ Según la Corte, todo derecho fundamental posee una parte nuclear y esencial, la cual no admite limitación, y por otro lado un contenido periférico o accesorio que es objeto de regulación y limitación debidamente justificada por parte del legislador. Para superar este elemento del test, es imperioso que la limitación no recaiga sobre la parte nuclear del derecho en cuestión.

Por último, es necesario reparar que se confunde, como en el caso anterior, la idoneidad del test. Como ya quedó establecido, este aspecto hace referencia a la

³⁴⁴ *Ibíd.*; considerando V.

³⁴⁵ *Ibíd.*; considerando VII.

determinación de si la medida promueve o avanza el fin perseguido, es decir si existe una relación de instrumentalidad entre la medida y el fin, como lo ha definido la Suprema Corte mexicana. Como se refirió *supra*,³⁴⁶ la idoneidad se mide en términos fácticos y no jurídicos, al formularse la siguiente pregunta: ¿qué tan capaces son los medios seleccionados para alcanzar el fin propuesto? La Corte en la literal b) del considerando VII examina la idoneidad de la medida en términos jurídicos, al cuestionarse sobre la validez de la norma, en función del cumplimiento de las facultades legales del ente administrativo de emitir el acuerdo de marras. No obstante lo anterior, cabe distinguir este precedente como uno valioso en la jurisprudencia constitucional, por dos aspectos. El primero de ellos, es porque desarrolla por primera vez una teoría articulada de la aplicación de la proporcionalidad y muestra explícitamente qué se entiende por cada uno de los elementos del test. El segundo, es que adopta un enfoque muy original respecto a la no afectación del contenido esencial del derecho, como elemento del juicio de proporcionalidad.

4.8.2.c El caso de las empresas de seguridad privada

Otro interesante precedente en el que la Corte de Constitucionalidad aplica el test de proporcionalidad es el expediente acumulado 1079, 2858, 2859, 2860, 2861 y 2863 todos del año 2011.³⁴⁷ En dicha acción de inconstitucionalidad se aducía, entre otras cosas, que ciertas imposiciones de la Ley que Regula los Servicios de Seguridad Privada violaban la Libertad de Industria y Comercio. Estas restricciones son el hecho de que para prestar servicios de seguridad privada se deba adoptar la figura de una Sociedad Anónima y el hecho de que sea obligatoria la autorización de la Dirección General de Servicios de Seguridad Privada del Ministerio de Gobernación para constituir estas sociedades, modificar la respectiva escritura constitutiva y adquirir acciones de estas sociedades.

En términos amplios, la Corte explica en su considerando IV la utilidad del principio de proporcionalidad en función de determinar la validez de restricciones a derechos

³⁴⁶ *Supra* nota 234; apartado 3.2.2.a.

³⁴⁷ Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de Carácter General; expedientes acumulados 1079-2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011, 2863-2011, Gaceta No. 110.

fundamentales, y establece que el origen de este escrutinio tiene cimientos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.³⁴⁸ En su considerando V, la Corte aclara que si bien no existe un mandato constitucional expreso para la aplicación del juicio de proporcionalidad, sí es posible derivar su fundamento constitucional en principios constitucionales como la forma republicana, democrática y representativa de Gobierno; en la supremacía de las normas constitucionales; en los deberes estatales de garantizar la vida, libertad, justicia, paz, seguridad y desarrollo integral; entre otros y refiere también que la naturaleza de los derechos fundamentales es congruente con esta perspectiva de proporcionalidad, en la cual una intervención a un derecho sólo puede justificarse con la tutela de otros derechos o valores constitucionales.³⁴⁹

Posteriormente a ello, la Corte aplica los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.³⁵⁰ Vale resaltar que en este caso, contrario a los dos anteriores, sí se analiza el elemento de la idoneidad en términos fácticos, tal como lo establece Alexy. En este elemento se determina que las medidas empleadas son adecuadas en la medida en que promuevan y produzcan la realización de la finalidad perseguida de proveer una prestación efectiva y segura de los servicios de seguridad privada. La necesidad se aplica examinando, al igual que en el caso anterior, si el medio propuesto es necesario para alcanzar el fin perseguido.

Por último, para analizar la proporcionalidad en sentido estricto, se utilizan tres criterios:

- Para determinar la afectación al derecho presuntamente vulnerado se analiza si se realizó una afectación al contenido esencial del derecho, explicado con anterioridad.
- Después se califica la importancia del fin perseguido.
- Por último se pondera si la afectación del derecho frente a la importancia del fin perseguido, para determinar cual tiene mayor trascendencia. A esto se le denomina ponderación.

En este caso, se desarrolla de manera un poco más detallada respecto del anterior lo que implica el examen de proporcionalidad en sentido estricto y se corrige en cuanto a

³⁴⁸ *Ibíd.*; considerando IV.

³⁴⁹ *Ibíd.*; considerando V.

³⁵⁰ *Ibíd.*; considerando VI.

la aplicación de la idoneidad, en el sentido de que se estudia en función de cuestiones prácticas y no jurídicas.

Así desarrolla la Corte la aplicación en su jurisprudencia del principio de proporcionalidad. Sin duda incorpora en gran medida el aporte de la teoría alemana pero añade aspectos propios como el de la afectación al contenido esencial del derecho fundamental. De esa cuenta, es posible advertir que el Tribunal Constitucional ha integrado ya su modelo del juicio de proporcionalidad y lo ha utilizado en la resolución de casos.

Capítulo 5:

Análisis sobre la aplicación judicial del juicio de igualdad

5.1 La igualdad entre las personas

La igualdad es un concepto que se ha utilizado cotidianamente en la evolución de la humanidad. Como se abarcó en el capítulo primero, a pesar de lo usual del término, es complejo emitir un juicio de valor que tenga como conclusión la igualdad entre dos seres humanos. La complejidad de este razonamiento deviene del hecho de que para emitir un juicio de esta naturaleza, necesariamente se debe fijar un criterio de igualdad que se estime justo. Es decir, se debe adoptar, por ejemplo, una doctrina de igualdad como la de Aristóteles, que ha gozado de notable legitimidad en occidente, cuya premisa principal establece que la igualdad absoluta opera entre iguales, pero entre desiguales deberá regir una desigualdad proporcional a las desigualdades que existan entre los individuos. Esto implica definir qué se entiende por seres iguales, qué se entiende por seres desiguales y qué podría significar una desigualdad proporcional. Otro aspecto que añade complejidad a estos juicios es el parámetro según el cual se clasifica, y si dicho parámetro se considera legítimo. Cuando se realiza una comparación, será obligatorio extraer una característica de la persona que se estime igual a la de otra para considerar a ambas iguales. Lo mismo sucede cuando se concluye que dos personas son desiguales; se debe extraer una característica que las personas no comparten, por la cual son sustancialmente distintas. Estos criterios pueden variar según el grupo social y el momento histórico. Hoy en día, es difícil que se considere que dos personas puedan recibir un trato distinto por ser de raza diferente. Sin embargo, hace pocas décadas, la raza era un motivo válido para considerar a dos personas como diferentes y por ende otorgar derechos a una sobre la otra. Hace menos de cien años, en Guatemala se consideraba que el sexo de una persona era un motivo válido para reconocerle menos derechos y bajo esa lógica se le vedaba el voto a la mujer. Mucho más atrás en la historia, los romanos, a pesar de ser grandes juristas, consideraban que por su mero origen, a algunos seres humanos se les podría negar el reconocimiento como sujetos de derechos.

A pesar de que hoy estas distinciones se consideren grandes y evidentes conculcaciones al derecho a la igualdad, esto no quiere decir que la igualdad no existiera como un valor importante desde aquellos momentos, sino por el contrario, este concepto ha sido valioso en las civilizaciones desde hace varios siglos. La igualdad ha sido considerada un valor desde momentos históricos tan remotos como la antigua Grecia y ha jugado un papel esencial en sucesos como la Revolución Francesa. Hoy en día, continúa siendo un valor central en las sociedades democráticas modernas. Esto cristaliza el hecho de que la dimensión de la igualdad es variable según las circunstancias sociales, históricas y políticas. Es un hecho certero que en el futuro se considerarán discriminatorias muchas distinciones que hoy en día se consideran justificadas. Es así como se desarrolla y crece el concepto de igualdad junto con el desarrollo de las sociedades.

5.2 La importancia del principio de igualdad en el Derecho

El principio de igualdad se expresa con insistencia en una amplia vastedad de textos normativos de diferentes Estados del mundo. Esto ocurre con generalidad en los textos constitucionales y además en disposiciones de diferentes jerarquías. Se regula la igualdad en términos generales como un valor fundamental, pero también existen normas específicas que suelen estar dispersas en el ordenamiento normativo de los Estados. En el marco internacional, existen más de veinte instrumentos internacionales que contienen normas atinentes a la igualdad. Este ha sido un tema en el cual se ha insistido tenazmente en la comunidad internacional. Esta gran proliferación de cuerpos jurídicos que prescriben la igualdad devela dos situaciones. La primera de ellas es que continúa siendo uno de los retos más trascendentes de la humanidad, y en el cual es necesario aún mucho trabajo. La segunda de ellas es que jurídicamente el valor de la igualdad es un valor privilegiado. Es decir, goza de una importancia particular.

Como consecuencia de lo anterior, es que el principio de igualdad y no discriminación posee la categoría de una norma *jus cogens*. Este tipo de disposiciones son de la más alta jerarquía dentro del derecho internacional. Los efectos prácticos de la inclusión de la igualdad dentro del *jus cogens* son, entre otros, que no pueda ser derogada esta

norma salvo por otra de la misma categoría; que se tienda a interpretar otras prescripciones del derecho internacional en congruencia con dicha la disposición *jus cogens* y no en sentido opuesto a ella; resta legitimidad a cualquier medida que se le oponga. No existe duda de que la igualdad ha alcanzado el más alto grado de importancia como valor jurídico.

5.3 Conceptos importantes relacionados con la Igualdad y No Discriminación

5.3.1 Discriminación y categorías sospechosas

Una conducta, norma, situación o tratamiento será discriminatorio cuando tienda a obstaculizar el ejercicio o goce de un derecho por una razón injustificada. Esto no implica que toda distinción es inválida, sino que lo será cuando la distinción no guarde coherencia con la finalidad de la misma, considerando la categoría empleada en la distinción.

Por categorías podemos entender aquellos motivos que fundamentan determinada distinción. Es decir, en el caso de que las autoridades de tránsito respectivas denieguen una licencia de conducción porque una persona no cumple con el requisito de edad suficiente, la categoría de la distinción será la edad. En el caso de que no se permita el ingreso a personas caucásicas a un establecimiento comercial, será la raza. De esa suerte, los motivos de la distinción son aquellos rasgos o condiciones sociales por virtud del cual se distingue un ser humano del otro. Algunas veces, estas clasificaciones vienen dadas por normas jurídicas, que determinan qué trato corresponde a determinados grupos de personas, como es el caso del primer ejemplo expuesto, en el que una norma prescribe que no se otorguen licencias de conducción a personas que no hayan cumplido un mínimo de edad. En otros casos, la categoría empleada en una distinción es producto de una práctica o idiosincrasia, como en el segundo caso.

Existen categorías que son particularmente sensibles. Esto quiere decir que existe una protección especial a las personas que integran el grupo particular comprendido en dicha clasificación. Esto sucede, por lo general, cuando el motivo de la distinción ha sido históricamente utilizado para discriminar y cuando se refiere a un rasgo esencial

del ser humano, que no constituye un criterio lógico, racional ni válido para distinguir a las personas. Las categorías sospechosas más comunes son sexo, raza, origen nacional, origen étnico, idioma, situación económica. Esto no quiere decir que no existan muchas más condiciones que puedan considerarse sospechosas. Debido a que las categorías sospechosas protegen a personas que han sido discriminadas con ese motivo, es entendible que las mismas puedan variar sutilmente entre diferentes países o regiones, aunque muchas de ellas serán las mismas.

Cuando se distingue por motivo de una categoría sospechosa, las justificaciones para realizar dicha distinción deben de ser robustas, convincentes y legítimas. De lo contrario, se considera que la distinción realizada es discriminatoria. De lo anterior se desprende que no todas las distinciones son discriminatorias, sino sólo aquellas que no respondan a finalidades legítimas. En el primer ejemplo recién dado, la negativa es válida porque se considera que es razonable que una persona deba poseer cierta madurez y experiencia antes de conducir un vehículo. En el segundo caso, la distinción es espuria porque no sólo se basa en un criterio sospechoso, sino que además no se vislumbra un motivo racional por el cual sea legítimo vedar la entrada a una persona con fundamento en su raza. Cuando se empleen categorías sospechosas, será menos probable que la distinción se considere legítima.

5.3.2 Formas de discriminación

La discriminación puede resultar de una diversidad de situaciones. Es decir, no siempre se presentará de una manera evidente que permita detectar con facilidad que existe un escenario discriminatorio. Por el contrario, la misma puede ocurrir de manera solapada e incluso sin intención alguna. De esa suerte, no es suficiente que un Estado garantice la igualdad formal de sus habitantes, prescribiendo que todos son iguales y que tienen los mismos derechos. Además, es necesario que para garantizar una igualdad efectiva, sustantiva o material, se tomen en consideración la situación real de las personas y el motivo de la alegada discriminación.

Asimismo, es menester tener claro que la discriminación no se materializa siempre a través de situaciones directas. Es posible que se tome una medida que aparente ser

aplicable a todos, y que por tanto garantice igualdad, pero que al aplicarse a un grupo específico sea terriblemente nociva. En este caso, no es necesario que la medida contenga una intención discriminatoria. Por ejemplo, si se fijara como requisito indispensable que todos los ciudadanos que necesiten recibir atención médica firmen un formulario de ingreso en los hospitales públicos, podría considerarse que dicho requisito es neutro y aplica a todos por igual, y por ende no discrimina. Sin embargo, teniendo en cuenta las situaciones específicas de Guatemala, cuya población tiene un alto índice de ciudadanos analfabetas, se concluiría que se está discriminando a las personas que no saben leer y escribir. A esta situación se le denomina discriminación indirecta.

5.4 La proporcionalidad como método para determinar la validez de distinciones

Las líneas anteriores nos indican que el principio de igualdad es un valor jurídico de suprema importancia, tanto nacional como internacionalmente, y que el concepto de igualdad no es uno sencillo. El concepto de igualdad involucra aspectos como categorías sospechosas, discriminación indirecta e igualdad sustantiva. Algunas distinciones son válidas, mientras otras no lo son. Por ello, es oportuno que se cuente con un instrumento, que permita concluir con cierto grado certeza qué distinciones son válidas y cuáles no lo son, y que considere las categorías sospechosas y la situación real de discriminación hacia una persona o grupos de individuos. El principio de proporcionalidad cumple con estas exigencias.

Al igual que el concepto de igualdad, el de proporcionalidad es uno de cotidiano uso. De hecho, estos términos están tan relacionados, que la concepción de igualdad relativa de Aristóteles, a la cual ya se hizo alusión, incorpora de manera esencial la idea de proporcionalidad, la cual está inmersa en esta visión de la igualdad al determinar que a los desiguales se les tratará desigualmente en proporción a sus desigualdades.

La utilización de la proporcionalidad también se puede ubicar en épocas remotas como la civilización babilonia y la antigua cultura judía. Desde entonces, este valor ha sido principal en las sociedades modernas e incluso recientemente ha adquirido gran valoración e importancia. Prueba de ello, este concepto ha sido incorporado ya en

textos constitucionales, como en la Norma Fundamental sudafricana y cuerpos internacionales como en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Actuar proporcionalmente significa que existirá una correspondencia, equilibrio, congruencia, razonabilidad entre dos cosas. Una pena será proporcional a un delito si el castigo es coherente y responde razonablemente a la conducta cometida. Una pena de veinte años de prisión no parecería tener coherencia con haber conducido a través de una intersección mientras el semáforo estaba en rojo. Sin embargo, si a causa de pasar el semáforo en rojo, se atropelló a peatón, lo cual tuvo como consecuencia su muerte, entonces esa pena probablemente sí sería adecuada. Un sueldo alto será proporcional a un cargo que implique responsabilidades importantes y que requiera de una preparación trascendente.

Esta noción de correspondencia, que llamamos proporcionalidad, también tiene una aplicación grande en el Derecho. Se ha aplicado la proporcionalidad para decidir situaciones en los cuales se opongan derechos fundamentales, que en el caso específico estén contrapuestos. Este método implica que los derechos contrapuestos se equilibren y se obtenga una solución proporcional a las circunstancias y a la jerarquía de los derechos en juego. Su objeto es establecer límites justos para los ejercicios de ciertos derechos, que permitan el ejercicio de otros. Es importante añadir que esta proporcionalidad debe aplicar entre aquellas normas que se consideran principios. Los principios son normas que no establecen conductas concretas a seguirse, sino que únicamente determinan mandatos de optimización. Es decir, prescriben ideales jurídicos de manera general, que deben satisfacerse en la mayor medida en que las circunstancias lo permitan. Una norma que determine que “se garantiza la libertad de locomoción”, es un mandato genérico que no establece situaciones específicas en que dicha libertad es respetada y en qué casos esto no sucede.

Existen diversos métodos y teorías de la proporcionalidad. Sin embargo, en la presente investigación se ha acogido aquella de Robert Alexy, quien sin duda es uno de los tratadistas que más ha aportado académicamente de manera significativa al desarrollo de la proporcionalidad. Según Alexy, la proporcionalidad se aplica examinando los siguientes tres aspectos:

Idoneidad: El elemento de la idoneidad se analiza determinando si las limitaciones a los derechos fundamentales son adecuadas para alcanzar el fin que se pretende. La idoneidad se mide examinando si el medio empleado es efectivo para producir el fin propuesto. Por ejemplo, si no permitiendo que menores de edad ingresen a bares se pretende que los mismos no ingieran alcohol, lo cual es prohibido según la normativa aplicable, entonces la medida es idónea en razón de que vedar el acceso a menores a bares tiene la consecuencia de que estos no puedan ingerir bebidas alcohólicas.

Necesidad: El elemento de la necesidad implica minimizar el sacrificio que implica la limitación impuesta. Para ello, se debe estudiar si la limitación impuesta era la menos restrictiva entre todas aquellas perseguían el fin perseguido. En el caso de que se prohibiera la utilización de motocicletas a los habitantes, con el fin de que los delincuentes que usan este medio para robar ya no puedan continuarlo haciendo, la medida no sería la que menos restrictiva para erradicar el robo en las calles. Por tanto, esta medida no sería considerada necesaria. Tanto la necesidad, como la idoneidad se examinan analizando las situaciones fácticas y no aspectos jurídicos.

Proporcionalidad en sentido estricto: La proporcionalidad en sentido estricto implica que la limitación del derecho en juego que supuestamente se está conculcando sea proporcional o coherente con el derecho o valor fundamental que se está buscando proteger o preservar. Este razonamiento se aplica a través de lo que Alexy denomina la ponderación. Para implementar la ponderación en el caso concreto se debe establecer si la intervención en el derecho fundamental y su jerarquía es mayor o menor a la importancia de preservar el derecho fundamental contrario y su jerarquía. Para una aplicación más precisa de la ponderación, Alexy ha formulado una ecuación, en la cual a estos aspectos se le asignan valores numéricos y prevalecerá el derecho que tenga un mayor número, según se explica en el capítulo tercero.

De la aplicación de estos tres criterios es que la proporcionalidad permite dirimir si un derecho debe prevalecer sobre el opuesto en el caso específico. Algunos autores agregarán u omitirán alguno de los aspectos enunciados, o le darán diferente contenido para definir la proporcionalidad. Las consideraciones de órganos jurisdiccionales respecto de este tema también pueden repercutir en una variación sutil de la aplicación

de la proporcionalidad. Sin embargo, el significado del término es el mismo y su objeto siempre será encontrar una justa proporción entre los límites impuestos en el ejercicio de un derecho y la consecución de otro derecho.

Derivado de la gran cercanía que se ha encontrado entre los conceptos de igualdad y proporcionalidad es que esta herramienta sea adecuada y efectiva para determinar si una distinción es válida y no vulnera el principio de igualdad. Como se ha reiterado, no toda distinción es discriminatoria, sino sólo aquellas que no respondan a una justificación objetiva y razonable. El juicio de proporcionalidad, precisamente, le da sentido a estas palabras. La proporcionalidad permite establecer en concreto si una distinción es válida a la luz del principio de igualdad y no discriminación porque establece si la distinción es congruente con la finalidad que persigue la misma.

5.5 La creación y aplicación jurisprudencial del juicio de igualdad

A este conjunto de criterios que nos permiten determinar, a la luz de la proporcionalidad, si es válida una distinción, llamamos el juicio de igualdad. Como se ha insistido, no todos los juicios de proporcionalidad o juicios de igualdad son iguales. El mismo variará en función de los órganos que lo apliquen, las circunstancias del caso, el contexto histórico y político de la sociedad en cuestión, etcétera. Los criterios que integran este test pueden tener dos orígenes. Es posible que los elementos del test estén expresados con claridad en normas aplicables, como sucede en el caso de la Constitución sudafricana o en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Ahí, el creador de la norma expresa, aunque no siempre con total exhaustividad, los criterios para medir la proporcionalidad de una medida. Sin embargo, esto no sucede en la gran mayoría de casos. Como se dejó constancia en el capítulo cuarto, muchos tribunales supremos y constitucionales optan por ir sentando los criterios constitutivos de estos juicios. Es así como se logra una mejor tutela de estos juicios por las siguientes razones.

Como se extrae de la investigación, la jurisprudencia básicamente representa el criterio de los tribunales que surge como una consecuencia de la aplicación del Derecho. Es así como deviene oportuna la citada definición de jurisprudencia de Clemente de Diego

como el derecho en acción. De alguna manera la jurisprudencia es el derecho en términos prácticos. Esto es así, porque a pesar de que el legislador legítimamente emite normas, el juez necesariamente debe darle contenido más concreto y aplicación a las mismas. Algunas de ellas son demasiado genéricas para comprender su significado. Hay otras que están desarrolladas muy lacónicamente y requieren de procedimientos para su aplicación o de mayores desarrollos. Existen otras disposiciones que regulan parcialmente ciertas temáticas. Existen normas que no pueden prever la gran cantidad de circunstancias que pueden surgir en torno a un problema. Además, es el juez quien suele tener la última palabra respecto de la interpretación y aplicación de cualquier disposición. De esta manera, y sin violar el principio democrático de la división de poderes, es que muchas veces el juez tiene la necesidad de dar contenido a las disposiciones.

Teniendo el juez esta función, es deseable que las cuestiones que se presentan ante el órgano judicial se resuelvan de conformidad con los mismos parámetros. A pesar de que cada caso presenta diferentes aristas y que jamás habrá dos casos iguales, cuando el juez se encuentra ante situaciones que son iguales en cuanto a sus hechos jurídicamente relevantes, el fallo debe ser igual. Esto es deseable porque promueve y preserva un valor fundamental de toda sociedad democrática, la seguridad jurídica. Este valor se explica como aquella certeza que tiene el individuo de las consecuencias jurídicas de sus actos, los cuales se generan de la aplicación de un ordenamiento jurídico claro. Es decir, no basta con que las normas sean claras en cuanto a las conductas que los ciudadanos deben observar, sino que además la aplicación de estas normas debe ser consistente, coherente y previsible, en la medida de lo posible. Una herramienta como un juicio de proporcionalidad promueve la certeza porque provee criterios claros que deben aplicarse constantemente. Esta certeza en cuanto a la aplicación de la proporcionalidad se obtiene cuando los órganos jurisdiccionales han explicado qué entienden por idoneidad, necesidad y proporcionalidad o cualquiera de los elementos que han considerado que debe integrar el juicio que esté en aplicación. Además de lo anterior, el respeto por la uniformidad de los criterios torales para la resolución de casos análogos, no slo produce mayor certeza jurídica, sino que es una manera de asegurar el derecho de igualdad al ciudadano. Si un caso, con hechos

jurídicamente relevantes iguales a otro se resuelve en los mismos términos, se respeta la igualdad entre un ciudadano y otro.

Si es el juez quien desarrolla este juicio y no es impuesto por el legislador, además de lo anterior, también se existirá mayor equidad. Esta se obtiene cuando se aprecian las circunstancias concretas de cada caso para resolver e implica, entonces, que se le reconoce al juzgador cierto ámbito de libertad para tomar decisiones respecto de los casos sometidos a su conocimiento. Esta libertad no es discrecional ni ilimitada. Su objeto es impregnar de equidad la resolución de los casos. Es común que el legislador emita normas que considere justas para la sociedad, pero no conoce si la aplicación de una de ellas en el caso concreto pueda tener un efecto severamente nocivo. Para este tipo de situaciones es que se han ideado mecanismos como las acciones de inconstitucionalidad en caso concreto, que permiten inaplicar una norma en determinados casos. Pues de manera análoga, la creación y la aplicación judicial del juicio de igualdad posee la bondad de permitir que el juez, conociendo las particularidades de los casos, sea quien determine qué aspectos son relevantes para concluir si existió una violación a la igualdad y por ende emita soluciones más adecuadas a cada caso. El juez, al resolver constantemente situaciones parecidas y conocer la problemática de manera más cercana, muchas veces conoce más con mayor exactitud las soluciones más justas en cada caso.

Como última ventaja, se encuentra que la creación judicial del juicio de igualdad permite que un elemento del test, o el significado del mismo, puedan modificarse razonablemente. Antes de explicar lo anterior, es importante que se establezca que por motivos de seguridad jurídica, lo ideal sería que se emitiera un mismo juicio y que este fuera aplicable en todos los casos. Sin embargo, en la práctica esto es imposible, dado que la coyuntura siempre obligará a acoplar el juicio implementado a la circunstancias. No puede pensarse que los mismos criterios vayan a ser siempre válidos para resolver las situaciones de manera perenne. Es por ello, que ajustar este test de cuando en cuando se hace una necesidad. Como prueba de ello, cabe advertir que la Suprema Corte de Justicia mexicana creó un test de igualdad más riguroso que aplica sólo en ciertas situaciones, después de haber creado el test ordinario y que en la Corte

Constitucional de Colombia, se han adoptado dos juicios diferentes, antes de establecer el que actualmente se utiliza. De esa eventual necesidad de modificación, es que es más pertinente que el juez lo establezca jurisprudencialmente. Si un test es creado a través de la jurisprudencia, su modificación procederá de la misma forma. Como es bien sabido, la jurisprudencia es considerablemente más flexible en su creación que las leyes. Las más altas cortes suelen estar facultadas para variar su criterio en determinada cuestión, por lo que será suficiente que conozca un caso para modificar la jurisprudencia. Por otro lado, la legislación se produce después de un riguroso y complejo proceso de formación de ley. Además de ello, depende del acuerdo político de diferentes legisladores que no siempre pueda llegar a un buen término.

Ahora bien, cabe preguntarse de qué manera se justifica la creación jurisprudencial de un juicio de esta naturaleza dentro del sistema de fuentes del derecho guatemalteco. Principalmente, en Guatemala se adopta la postura de que la ley es la fuente principal del ordenamiento jurídico. A la jurisprudencia se le asigna un valor secundario dentro de este sistema y únicamente es obligatoria cuando constituya doctrina legal, lo cual sólo sucede en dos casos. Cuando existan cinco o más fallos contestes de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia o cuando existan tres de la Corte de Constitucionalidad. Pues bien, cualquiera de estos órganos podría crear un juicio de igualdad que sea de observancia obligatoria para los demás tribunales de conformidad con esta premisa. Podría considerarse que a la Corte de Constitucionalidad, por ser la encargada principal del proteger el orden constitucional, sea a la que le corresponde la creación de un juicio de esta naturaleza, considerando la referida trascendencia del principio de igualdad dentro del derecho nacional e internacional.

Además de la doctrina legal, incluso podría ser posible que se observen los criterios de un juicio de igualdad asentado jurisprudencialmente sin que estos sean vinculantes en términos estrictos. En Guatemala, ha sido notorio como muchos órganos han citado como fundamento en sus resoluciones, resoluciones de la Corte Suprema y de la Corte de Constitucionalidad, aunque no sean necesariamente constitutivas de doctrina legal. También ha sucedido que los tribunales se fundamentan en criterios anteriores que ha fijado el mismo tribunal que conoce. Esta práctica refleja que se le reconoce un valor

implícito a la jurisprudencia en Guatemala. Es decir que, aunque formalmente es bastante obvio el papel secundario de la jurisprudencia, materialmente se la ha otorgado mayor apertura a la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes. Esta visión de la jurisprudencia es congruente con la doctrina de la *jurisprudence constante*. Esta doctrina incorpora la jurisprudencia como un elemento valioso y persuasivo para la resolución de un caso, pero no le reconoce efectos obligatorios. Es como reconocer que un precedente puede ser un recurso fundamental en la argumentación de un caso, pero no necesariamente vincula al juez que conoce del caso, no le ata de manos. Esta perspectiva de la jurisprudencia es congruente con la estructura jurídica de los Estados que adoptan la tradición del Derecho Civil, en el que el precedente no vincula necesariamente, como lo hace en aquellos países que adoptan la doctrina del *stare decisis*.

La jurisprudencia aplica de manera diferente cuando se trata del derecho internacional. Generalmente, en el derecho internacional se le reconoce bastante valor a la jurisprudencia, aunque de una manera persuasiva y no obligatoria. Es decir, no se adopta la escuela del *stare decisis*. No obstante ello, la jurisprudencia suele ser una de las herramientas más útiles, tanto de los tribunales, como de los partes procesales para argumentar un caso. Las convenciones internacionales suelen ser menos desarrolladas que las leyes, por lo cual es requerida mayor interpretación judicial. Es por ello que los tribunales internacionales suelen observar de manera cercana su propia jurisprudencia y la de otros tribunales internacionales, e incluso nacionales en determinadas áreas. Cabría preguntarse de qué manera se deben observar los precedentes internacionales dentro de un Estado. En Guatemala esto es relevante, sobre todo en relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha emitido varias resoluciones en relación con el Estado de Guatemala y que ya ha adoptado un modelo de proporcionalidad. La pregunta es si Guatemala debe observar este modelo para la solución de casos internos. En primer término, es evidente que la jurisprudencia internacional no crea precedentes obligatorios para Estados ajenos a la litis en cada caso. Esto se extrae claramente de la redacción del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de la práctica internacional. La regla es que la jurisprudencia solo es obligatoria para los Estados que sean parte del caso y respecto de ese caso en específico. No obstante

ello, cuando la jurisprudencia internacional suele observarse tan rigurosamente por los mismos tribunales internacionales, es muy probable que cuando aparezca un caso nuevo ante ellos, se resuelva con los mismos criterios con los que se han resuelto otros casos en el pasado. Es decir, que si la Corte IDH ha implementado un juicio de proporcionalidad para decidir examinar injerencias a la libertad de expresión, es altamente probable que utilice el mismo criterio en el futuro si aparece un nuevo caso relativo a la libertad de expresión. La Corte IDH ha resuelto ya casos con base en un juicio de proporcionalidad, aunque no ha aplicado expresamente la proporcionalidad en un caso relativo a igualdad. Lo que sí ha hecho es desarrollar la existencia de categorías sospechosas y lo injustificado que deviene la limitación de la igualdad con base en ellas. Estos criterios no obligan al Estado de Guatemala, pero sí constituyen criterios valiosos que debieran ser observados con el ánimo de cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe y en aplicación del control de convencionalidad.

Esto quiere decir que tanto a través de la jurisprudencia nacional como de la internacional es posible crear y aplicar un juicio de igualdad como herramienta para determinar la validez de una distinción.

De todas las consideraciones realizadas hasta ahora se deben extraer las siguientes afirmaciones: 1) la igualdad es un valor jurídico preeminente sobre muchos otros, 2) la igualdad es un término complejo y la determinación de si existió una discriminación o no debe involucrar varios aspectos, 3) para arribar a la conclusión de si hubo una discriminación o no, la herramienta de la proporcionalidad es sumamente útil, 4) la jurisprudencia es una vía adecuada para aplicar el juicio de proporcionalidad en materia de igualdad, o juicio de igualdad.

5.6 Análisis comparativo de la aplicación de los juicios de igualdad en diferentes Cortes

Se examinó la aplicación de juicios de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional de España y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Del

estudio de la jurisprudencia de estos ocho órganos jurisdiccionales y del instrumento utilizado se obtuvieron los siguientes hallazgos.

Del capítulo 4 y del instrumento se desprende que todos estos órganos utilizan en alguna medida algún juicio, ya sea de proporcionalidad o de igualdad, o cuando menos están familiarizados con esta noción. En materia de juicios de igualdad, se encontraron que existen dos grandes corrientes para la aplicación de los mismos. Una de ellas proviene de la jurisprudencia constitucional estadounidense y se basa en un test con diferentes intensidades, cuya intensidad dependerá de motivo empleado en la distinción y si esta es sospechosa o no. La otra corriente es producto de la teoría adoptada por el Tribunal Constitucional alemán y el desarrollo teórico llevado a cabo por Robert Alexy. Los tribunales consultados han adoptado un modelo propio de estos juicios implementado un modelo semejante al estadounidense, un modelo semejante al alemán o incluso una fusión de ambos. Es natural que estos modelos se adopten con ajustes pertinentes a la práctica del tribunal, o al contexto social y jurídico del país o región donde se aplique. No obstante, es notable la influencia de los dos grandes hitos del juicio de igualdad.

Como se refirió, todos los órganos considerados han adoptado algún tipo de juicio. A esta afirmación, habrá que hacer algunas aclaraciones. La Corte IDH ha utilizado el juicio de proporcionalidad expresamente en repetidas instancias. No obstante ello, nunca lo ha utilizado para el caso específico de un examen al derecho de igualdad sino únicamente examinando posibles vulneraciones a otros derechos, como la libertad de expresión. Sin embargo, la Corte sí ha adoptado la teoría de las categorías sospechosas y ha determinado que las mismas merecen una especial protección. Otra aclaración merece hacerse en relación con el Tribunal Constitucional de España. Esto, en virtud de que, según los casos examinados, se suelen enunciar los elementos del juicio pero no se explicita la aplicación de cada uno de los elementos del test en el caso concreto. Por último, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha aplicado un test denominado de razonabilidad y proporcionalidad, pero no ha sido expresamente utilizado para dirimir controversias relativas al principio de igualdad.

Más allá de esta salvedad, se encontró del estudio de la herramienta que los órganos que utilizan un modelo de proporcionalidad son los tribunales de Guatemala, Perú, España, la Corte IDH, y el TEDH. La Suprema Corte mexicana utiliza un modelo de proporcionalidad que implementa notables aportes de la teoría de Estados Unidos y la Corte Constitucional de Colombia utiliza el llamado “juicio integrado de igualdad” que también es un modelo híbrido entre ambas corrientes. Es lógico que tribunales que corresponden a la región de Europa implementen modelos más cercanos al juicio de proporcionalidad clásico, por tener éste un origen europeo. Los tribunales americanos adoptan un modelo híbrido, o cuando menos desarrollan las categorías sospechosas, que es un aporte de la jurisprudencia estadounidense. Esto se puede apreciar con especial claridad en el caso de la Suprema Corte de Justicia mexicana y la Corte Constitucional Colombiana. En el caso de la primera, se han desarrollado, al igual que en Estados Unidos, diferentes grados del test, los cuales se aplicarán según la categoría empleada. En el segundo caso, el denominado “juicio integrado” también puede aplicarse en diferentes escalas, según la categoría, lo cual no se contempló en los primeros formatos del test que utilizó esta Corte. Ocurre de la misma manera, aunque en un menor grado, en la jurisprudencia constitucional peruana, en la que se han abordado las categorías sospechosas, lo cual tiene efectos en la determinación de la intensidad de la intervención pero no significa que deba aplicarse otro test.

En estas tres Cortes, probablemente por la influencia estadounidense y por pertenecer al mismo continente, no solo se ha desarrollado lo atinente a las categorías sospechosas, sino además se han establecido consecuencias claras en el test para los casos en los que se detecte que se han sido utilizadas para distinguir en el caso concreto. El instrumento revela que esto no sucede en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Tribunal Constitucional español y en la Corte IDH, cuyas jurisprudencias reconocen el término pero no prescriben consecuencias prácticas de su detección. Las categorías sospechosas y la determinación de una consecuencia práctica en su detección, sin duda, es un aporte de la Suprema Corte de Estados Unidos. Esto se verifica en el hecho de que de las Cortes examinadas, las Cortes americanas prescriben efectos prácticos y precisos en la detección de categorías sospechosas. Esto sucede con la excepción de la Corte IDH y la Corte de

Constitucionalidad guatemalteca. La última no ha implementado el término “categoría sospechosa” en su jurisprudencia.

Otro hallazgo relevante es que el test de Estados Unidos y el juicio de proporcionalidad no guardan mayores distinciones fundamentales. La diferencia esencial radica en que en la jurisprudencia norteamericana se crean diferentes juicios, según la intensidad y lo relativo a las categorías sospechosas. Sin embargo, los extremos que la Suprema Corte examina en estos tests podrían equipararse a elementos que se contemplan parcialmente en el juicio de proporcionalidad. Estos elementos son el fin legítimo, la adecuación y algo semejante a la necesidad/proporcionalidad en sentido estricto como último elemento. Es decir, ambos juicios promueven la misma idea, un equilibrio entre el fin perseguido y los medios utilizados, según el contexto jurídico y fáctico.

Se desprende también del instrumento que el elemento que goza de mayor aplicación en los juicios que aplican las Cortes estudiadas es el subcriterio de adecuación, también llamado idoneidad. Esto, como se ha referido, es el elemento que considera qué tanto un medio alcanza la realización de un fin buscado. Es un elemento que se analiza en términos prácticos. Este elemento se aplica en todas las Cortes examinadas, con la única salvedad de la Corte IDH, que reemplaza ese criterio, por el de legalidad. Además, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala también ha aplicado el subcriterio de la adecuación, pero con cierta confusión en algunos casos, que eventualmente fue corregida, como se sostuvo en el capítulo 4.

Como último resultado fundamental de la investigación debe hacerse referencia al motivo de la adopción de los juicios. Es decir, es relevante encontrar el porqué de la implementación de esta herramienta con gran semejanza en estos órganos jurisdiccionales. Esta consideración es la que resuelve la pregunta de investigación, la cual planteaba la necesidad o conveniencia de adoptar un juicio de igualdad. En la medida en que se encuentren motivos legítimos para la aplicación del test, se concluirá inevitablemente respecto a su conveniencia. Se debe partir del hecho de que los órganos que se han examinado son los más altos tribunales en materia de derechos fundamentales de la región. Esto incluye a algunas de las Cortes Supremas o Constitucionales con más prestigio de América y los principales tribunales

internacionales de Derechos Humanos de occidente. En la jurisprudencia de todos estos órganos encontramos la noción de proporcionalidad, aplicada con sutiles matices. Esta herramienta se utilizó en la resolución de casos complejos relativos a temas controversiales como el matrimonio entre personas del mismo sexo, la discriminación por motivo de orientación sexual en temas de guarda y custodia de menores, el matrimonio interracial, la discriminación por motivo de sexo y temas análogos. Se ha confiado en la proporcionalidad como herramienta para determinar en casos complejos el principio fundamental que debe prevalecer por los órganos con mayor autoridad en materia de derechos fundamentales. El resultado de su aplicación, en la mayoría de casos, ha arrojado resultados válidos como la abolición de la prohibición de matrimonios interraciales y la determinación de que la orientación sexual, por sí misma, no constituye un motivo válido para no otorgar la guarda y custodia de menores a un padre o madre.

Asimismo, en la mayoría de los casos las Cortes han sido explícitas en cuanto a la aplicación de un juicio y han justificado tanto el origen del mismo como su funcionalidad. Esto permite por un lado que los individuos comprendan y acepten la legitimidad de los razonamientos empleados para resolver una disputa. Por otro lado, y como queda evidenciado en el desarrollo del capítulo 4, propicia la influencia de unos tribunales sobre los otros, estableciendo como efecto que los juicios de igualdad sean cada vez más aplicados. No hay duda de que si esta herramienta ha tenido tanta dispersión es porque ha sido de mucha utilidad.

Los órganos han aplicado esta herramienta porque provee criterios específicos, objetivos y predeterminados. Asimismo, porque balancea principios fundamentales en atención a los elementos fácticos y jurídicos del caso concreto. Esto significa que analiza la situación integralmente, por lo que no es suficiente un argumento jurídico de mucho peso para favorecer un determinado argumento, si las consecuencias fácticas son desmedidas, imprácticas, o imposibles materialmente. De manera inversa, tampoco será válido un fin deseable, práctico, lucrativo o efectivo si jurídicamente no tiene viabilidad. La utilización de esta herramienta favorece la obligación judicial de razonar sus resoluciones, en el sentido de que la aplicación de cada subcriterio es un

razonamiento en sí mismo. La aplicación general del test implica toda una construcción argumentativa y justificadora. Esta herramienta restringe la arbitrariedad judicial porque constriñe al operador judicial a elementos prefijados objetivos, y no criterios que respondan a sus opiniones personales. Todas estas ventajas de la aplicación del test permiten responder a la pregunta de investigación sosteniendo que la conveniencia y necesidad de la aplicación del juicio de igualdad radica en que promueve la justicia. En fin y en términos muy sencillos, la proporcionalidad es pertinente porque su aplicación judicial produce resultados justos.

CUADRO COMPARATIVO DEL JUICIO DE IGUALDAD ADOPTADO EN DIFERENTES CORTES NACIONALES E INTERNACIONALES

Tribunal	Tipo de Test	Estructura del Test	Utilización de categorías sospechosas	Casos
Corte Suprema de Estados Unidos	Escrutinio de diferentes intensidades	<p>a) <u>Test de racionalidad mínima</u>: Finalidad permisible; existencia de relación entre medios y fines; limitación racional.</p> <p>b) <u>Escrutinio intermedio</u>: Finalidad importante; relación sustancial entre medios y fines; limitación no más gravosa que necesaria.</p> <p>c) <u>Escrutinio estricto</u>: Finalidad imperiosa; relación directa entre medios y fines; limitación menos restrictiva posible.</p>	Sí. Se clasifican las categorías en permitidas, cuasi-sospechosas y sospechosas. Según la categoría utilizada, se aplica el test en diferente intensidad, correspondiendo para las categorías sospechosas el test estricto y para las categorías permitidas la racionalidad mínima.	<ul style="list-style-type: none"> Federal Communications Commission and United States, Petitioners v. Beach Communication Workers, Inc. et al Craig v. Boren Loving v. Virginia.
Suprema Corte de Justicia de la Nación de México	Juicio de proporcionalidad con influencia del escrutinio de intensidades	<p>a) <u>Test flexible</u>: Finalidad válida; adecuación; proporcionalidad en sentido estricto.</p> <p>b) <u>Escrutinio estricto</u>: Finalidad imperiosa; adecuación estricta; necesidad.</p>	Sí. Se aplicará el escrutinio estricto en aquellos casos que utilicen categorías sospechosas.	<ul style="list-style-type: none"> 2199/2009 581/2012

Corte Constitucional de Colombia	Juicio integrado de igualdad	<p>Contiene dos elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Adecuación (se aplicará en intensidad débil, intermedia o estricta según el test aplicado); y • Necesidad (se aplicará en intensidad débil, intermedia o estricta según el test aplicado). 	<p>Sí. El escrutinio débil, intermedio o estricto corresponde a la categoría según la cual se distinga.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • C-93/01
Tribunal Constitucional del Perú	Juicio de proporcionalidad	<p>Contiene los siguientes elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Determinación del trato diferenciador. • Determinación de la intensidad de la intervención • Determinación de finalidad • Examen de idoneidad • Examen de necesidad • Examen de proporcionalidad en sentido estricto 	<p>Sí. Es relevante para determinar la intensidad de la intervención.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 045-2004-PI/TC
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Juicio de proporcionalidad (no utilizado expresamente en materia de igualdad)	<p>Contiene los siguientes elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Legalidad de la medida. • Finalidad legítima de medida según CADH. • Necesidad de la medida. • Proporcionalidad estricta. 	<p>Reconoce término pero no establece consecuencias específicas de su detección.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Kimel Vs. Argentina. • Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Juicio de proporcionalidad.	<p>Contiene los siguientes elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fin legítimo de distinción. • Relación razonable de proporcionalidad entre medios y fines. 	<p>Reconoce término. Determina que margen de apreciación del Estado se toma más restringido ante categorías sospechosas, aunque no especifica en qué forma.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Kiyutin Vs. Rusia
Tribunal Constitucional de España	Juicio de proporcionalidad.	<p>En casos consultados, no se expresan con claridad elementos del test.</p>	<p>Se reconoce término, lo cual tiene como consecuencia la aplicación de un juicio riguroso, sin especificar el alcance de dicho juicio.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • STC 340/1993

Corte de Constitucionalidad de Guatemala	Test de razonabilidad y proporcionalidad (nunca aplicado expresamente en materia de igualdad)	<p>Contiene los siguientes elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fin constitucional. • Adecuación • Necesidad • No afectación al contenido esencial del derecho. • Proporcionalidad. 	No utiliza término.	<ul style="list-style-type: none"> • Expedientes acumulados 3-2011, 4-2011, 52-2011.
--	---	---	---------------------	---

Conclusiones

1. El principio de igualdad y no discriminación goza de un estatus privilegiado en el Derecho Constitucional comparado y en el Derecho Internacional. Este estatus se refleja al constituir una norma *jus cogens* y al estar regulado constitucionalmente en una gran cantidad de Estados. Ello implica que se deben tomar medidas especiales para garantizar su observancia.
2. La igualdad es un concepto complejo. De ello deviene que para garantizar la igualdad de manera efectiva sea necesario tomar en consideración aspectos como las categorías sospechosas, la discriminación indirecta y la igualdad sustantiva, que hacen referencia a la situación real de las personas sujetas a discriminación y no a una igualdad formal.
3. La jurisprudencia como fuente de derecho ha adquirido una función principal, muchas veces mayor a la se le reconoce formalmente. Esto ha sucedido incluso en los Estados que siguen una tradición jurídica romano-canónica, en la cual la jurisprudencia no es vinculante.
4. La aplicación judicial del principio de proporcionalidad es una herramienta pertinente para la protección de los derechos humanos, ya que busca optimizar el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales en atención a los elementos fácticos y jurídicos que se presentan en un caso concreto.
5. Al ser la igualdad un término complejo, es de utilidad aplicar un juicio de proporcionalidad que provea criterios objetivos para establecer qué distinciones son válidas y cuáles no lo son a la luz del principio de igualdad y no discriminación.
6. La jurisprudencia es una vía adecuada para aplicar un juicio de proporcionalidad en materia de igualdad (juicio de igualdad), ya que provee certeza jurídica y equidad en la resolución de casos y además es una fuente que permite suficiente flexibilidad para incorporar los ajustes pertinentes al referido juicio.
7. Los más altos tribunales nacionales e internacionales han adoptado, en mayor o menor medida, los aportes de la aplicación de un juicio de igualdad en los casos relativos a igualdad y no discriminación, con resultados satisfactorios.
8. En Guatemala la Corte de Constitucionalidad ya ha aplicado la noción de proporcionalidad en sus fallos, aunque, lo ha hecho con falta de consistencia y

uniformidad. Tampoco se ha adoptado un test específico en materia de igualdad. No obstante ello, a partir de la aplicación judicial de la proporcionalidad que se ha realizado en casos relativos a otros derechos se han establecido pautas que pueden viabilizar el establecimiento eventual de un juicio de igualdad.

Recomendaciones

1. Es pertinente que en Guatemala se adopte jurisprudencialmente un juicio de igualdad, en aplicación del principio de proporcionalidad y los aportes de la Suprema Corte de Estados Unidos en materia de igualdad, con la finalidad de dar una mayor protección al principio de igualdad y no discriminación, que sea implementada por la Corte de Constitucionalidad y replicada por órganos jurisdiccionales de cualquier jerarquía. Para ello, se deben considerar los juicios de igualdad ya implementados por otras altas cortes y analizar las deficiencias y beneficios de cada uno, en atención del contexto político y social local. Este juicio de igualdad debe incluir categorías sospechosas.
2. Se estima conveniente que se continúe utilizando el principio de proporcionalidad en la resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Para el efecto, sería oportuno que estos criterios sean utilizados por órganos de cualquier jerarquía y no únicamente por la Corte de Constitucionalidad.
3. Es positivo que se reconozca valor de la jurisprudencia como fuente derecho, a pesar del valor secundario que se le reconoce dentro del sistema de fuentes guatemalteco. Para ello se debe considerar al precedente como una herramienta con efectos persuasivos, pero no vinculantes, de conformidad con la doctrina de la *jurisprudence constante*. Para ese efecto, no debe descartarse una reforma legislativa que restablezca el valor formal de la jurisprudencia como fuente de derecho, aunque esto no es absolutamente necesario. Esto será ventajoso siempre que el juzgador respete los límites que le son propios dentro de una república democrática.

Referencias

Bibliográficas

1. Alexy, Robert; **Teoría de los Derechos Fundamentales**; traducida al español por Garzón Valdés, Ernesto; Madrid, España; Centro de Estudios Constitucionales; 1993.
2. Alexy, Robert; **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**; Madrid, España; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.
3. Arnardóttir, Oddny Mjoll; **Equality and non-discrimination Under the European Convention on Human Rights**; The Hague, The Netherlands; Kluwer Law International 2003.
4. Barak, Aharon; **Proportionality, Constitutional Rights and their limitations**; translated from the Hebrew by Kalir, Donor, traducción propia en esta cita; New York, United States; Cambridge University Press; 2012.
5. Bobbio, Norberto; **El filósofo y la política en torno a la noción de justicia**; México; Fondo de Cultura Económica; 1996.
6. Brownlie, Ian; **Principles of Public International Law**; New York, United States; Oxford University Press; 2003; sexta edición.
7. Carbonell, Miguel; **Igualdad y Constitución**. México; Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación; 2008.
8. Carbonell, Miguel y otros; **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**; Quito, Ecuador; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 2008.
9. Cassese, Antonio; **International Law**; United States; Oxford University Press; 2005; segunda edición.
10. Detlefsen, Micheal; McCarthy, David Charles; Bacon, John B.; **Logic From A to Z**; New York, United States; Routledge; 1999.
11. García Maynez, Eduardo; **Introducción al Estudio del Derecho**; México; Editorial Porrúa; 1989; 40ª Edición.
12. Hanski, Rajja y Suksi, Markku; **An introduction to the international protection of human rights**; Finlandia; Institute for Human Rights, Abo Akademi University; 2002, segunda edición.

13. Kelsen, Hans; **Teoría Pura del Derecho**; Buenos Aires, Argentina; Editorial Eudeba; 2009; 4ª edición.
14. Kelsen, Hans; **What is Justice? Justice, Law, and Politics in the mirror of Science**. United States of America. University of California Press; 2010; octava impresión.
15. Malone, Linda; **International Law**; Estados Unidos; Aspen publishers; 2008.
16. McCrudden, Christopher y Prechal, Sacha; **The concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach**; European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality; 2009.
17. Merryman, John Henry; **La tradición jurídica romano-canónica**; traducción de Carlos Sierra; México; Fondo de Cultura Económica; 2008; 2ª edición.
18. Morineau Iduarte, Marta; Iglesias González, Román; **Derecho Romano**. México, D.F., México. Oxford University Press; 2009; cuarta edición.
19. Nikken, Pedro; **El Concepto de Derechos Humanos**. San José, Costa Rica; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; 1994.
20. O'Donnell, Daniel; **Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano**; México D.F., México; Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Segunda edición; 2012.
21. O'Donnell, Daniel; **Protección Internacional de los Derechos Humanos**; Lima, Perú; Comisión Andina de Juristas; 1989; 2ª edición.
22. Pérez Portilla, Karla; **Principio de Igualdad, Alcances y Perspectivas**. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; 2005.
23. Rawls, John; **A Theory of Justice**. Cambridge, Massachusetts; The Belknap Press of Harvard University Press; 1999.
24. Rawls, John; **Justice as Fairness, a Restatement**. Cambridge, Massachusetts; The Belknap Press of Harvard University Press; 2001.
25. Rubio Llorente, Francisco; **La forma de poder. Estudios sobre la Constitución**; Madrid, España; Centro de Estudios Constitucionales; 1993.

26. Suárez Varón, Martín Leonardo; **El Principio de Igualdad en la Constitución y la Jurisprudencia constitucional**; Medellín, Colombia; Biblioteca Jurídica Diké;. 2006.
27. The International Centre for the Legal Protection of Human Rights; **Non-Discrimination in International Law**; London, UK; Interights; 2011, edición del 2011.
28. Villán Durán, Carlos; **Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos**; Madrid, España; Editorial Trotta; 2002.

Normativas

Internacionales

1. IX Conferencia Internacional Americana; Carta de la Organización de Estados Americanos; 1948.
2. IX Conferencia Internacional Americana; Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre; 1948.
3. Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Unidad Africana; Carta Africana de Derechos Humanos; 27 de julio de 1981.
4. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17 de noviembre de 1988.
5. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; 7 de junio de 1999.
6. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; 9 de julio de 1994.
7. Asamblea General de Naciones Unidas; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes; 10 de diciembre de 1984.
8. Asamblea General de Naciones Unidas; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 21 de diciembre de 1965.
9. Asamblea General de Naciones Unidas; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 19 de diciembre de 1979.

10. Asamblea General de Naciones Unidas; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 13 de diciembre de 2006.
11. Asamblea General de Naciones Unidas; Convención sobre los Derechos del Niño; 20 de noviembre de 1989.
12. Asamblea General de Naciones Unidas; Declaración Universal de Derechos Humanos; adoptada el 10 de diciembre de 1948.
13. Asamblea General de Naciones Unidas; Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; adoptada en San Francisco, Estados Unidos el 24 de octubre de 1945.
14. Asamblea General de Naciones Unidas; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 16 de diciembre de 1966.
15. Asamblea General de Naciones Unidas, Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales.
16. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7-22 de noviembre de 1969.
17. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo; Convenio No. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación); 25 de junio de 1958.
18. Conferencia General de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; 14 y 15 de noviembre de 1960.
19. Consejo de Europa; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 4 de noviembre de 1950.
20. Consejo de Europa; Protocolo No. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 22 de noviembre de 1984.
21. Consejo de Europa; Protocolo No. 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 4 de noviembre de 2000.
22. Naciones Unidas; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; 23 de mayo de 1969.
23. Parlamento, Consejo y Comisión de Europa; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; adoptada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

Nacionales

1. Asamblea Constituyente de la República de Guatemala; Constitución de la República, 1945.
2. Asamblea Nacional Constituyente; Constitución Política de la República de Guatemala y sus reformas; 31 de mayo de 1985.
3. Asamblea Nacional Constituyente; Ley de Amparo, Exhibición Persona y de Constitucionalidad, Decreto 1-86.
4. Congreso de la República de Guatemala; Código de Trabajo, decreto 1441 y sus reformas.
5. Congreso de la República de Guatemala; Código Tributario, decreto 6-91 y sus reformas.
6. Congreso de la República de Guatemala; Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 y sus reformas.
7. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala; Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107 y sus reformas.
8. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala; Ley de Tribunales de Familia, Decreto-Ley 206 y sus reformas.

De otros estados

1. Asamblea Constituyente; Constitución de la República de Italia y sus reformas; 22 de diciembre de 1947.
2. Asamblea Nacional Constituyente; Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y sus enmiendas; 15 de diciembre de 2009.
3. Asamblea Nacional Constituyente de Colombia; Constitución Política de Colombia; 6 de julio de 1991.
4. Congreso Constituyente; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus reformas; 5 de febrero de 1917.
5. Congreso Constituyente Democrático del Perú; Constitución Política del Perú; 29 de diciembre de 1993.
6. Cortes españolas; Constitución Española y sus reformas; 31 de octubre de 1978.
7. Delegados de los Estados de Estados Unidos de América; Constitución de los Estados Unidos y sus reformas; 17 de septiembre de 1787.

8. Emperador; Constitución de Japón; 3 de noviembre de 1946.
9. Parlamento de la República de Sudáfrica; Constitución de la República de Sudáfrica y sus reformas, No. 108 de 1996, promulgada el 18 de diciembre de 1996.
10. Parlamento de Sudáfrica, Group Areas Act, No. 41; 1951.
11. Parlamento de Sudáfrica, Population Registration Act, No. 30; 1950.
12. Su Majestad, la Reina en Consejo; Orden Real de Granada de 1973 (Constitución de Granada); 19 de diciembre de 1973.

Electrónicas

1. Bernal Pulido, Carlos; Universidad del Externado de Colombia; El juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana; disponible en: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf; consultado el 24 de mayo de 2014.
2. Carbonell y Sánchez, Miguel; "Sobre el concepto de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano"; Boletín Mexicano de Derecho Comparado; número 87; Nueva Serie Año XXIX; México; septiembre – diciembre 1996; página 8. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/carbonell-sobre-el-concepto-de-jurisprudencia.pdf>.
3. Iuristec; Gramajo Castro, Juan Pablo; Jurisprudencia y doctrina legal: el derecho judicial en Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Articulo:0001>.
4. Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20120412-0003-01002-2011-00028>.
5. Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20110503-0003-01002-2010-00351>.
6. Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20090129-0000-3832-2007>.
7. Iuristec; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20050824-0000-795-2005>.
8. Iuriste; Guatemala. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20100217-0000-4359-2009>.

9. Iuristec; Guatemala. Disponible en:
<http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20030707-0000-559-2003>.
10. Iuristec; Guatemala. Disponible en:
<http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20080605-0000-3846-2007>.
11. Iuristec; Guatemala. Disponible en:
<http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20120920-0006-01144-2012-00032>.
12. Iuristec; Guatemala. Disponible en:
<http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20130305-0006-01144-2012-00071>.
13. Iuristec; Guatemala. Disponible en:
<http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20090129-0000-3550-2008>.
14. Iuristec; Guatemala. Disponible en:
<http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20060727-0000-416-2005>.
15. Iuristec; Guatemala. Disponible en:
<http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20071120-0000-235-2007>.
16. Iuristec; Guatemala. Disponible en:
<http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20100625-0006-01144-2010-00043>.
17. Schiele Manzor, Carolina; El papel de la jurisprudencia como fuente del derecho; Monografía presentada para aprobar el curso Fundamentos Teóricos de la Ciencia del Derecho, dictado por el Dr. Profesor Alejandro Veryara Blanco, dentro del Programa de Doctorado en Derecho impartido por la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el primer semestre académico del año 2008. Disponible en
<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>.
18. Página del Tribunal Constitucional de España; Roca Trías, Encarnación y Ahumada Ruiz, María Ángeles; Tribunal Constitucional de España; Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional Española, Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España; Roma, Italia, octubre de 2013. Disponible en
<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>.
19. University of Oxford Personal Pages Index; Lucas, J.R. ISONOMIA. Reino Unido. Disponible en: <http://users.ox.ac.uk/~jrlucas/libeqsor/isonomia.pdf>.

Otras referencias

Jurisprudencia

1. CIDH; Caso Marcelino Hanríquez y otros v. Argentina; informe No. 73/00 de 3 de octubre de 2000.
2. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; Observación General N° 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; E/C.12/2005/4.
3. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación general No. 20; La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales; E/C.12/GC/20 (2009).
4. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; caso Nahlik c. Austria; CCPR/C/57/D/608/1995 (1996).
5. Comité de Derechos Humanos de la ONU, Caso Järvinen Vs. Finlandia, Sentencia de 15 de Agosto de 1990.
6. Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General No. 18; HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).
7. Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York; 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).
8. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371/00; 29 de marzo de 2000.
9. Corte Constitucional de Colombia; Acción pública de inconstitucionalidad; sentencia C-634/11.
10. Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-22/96; 23 de enero de 1996.
11. Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-93/01; de 31 de enero de 2001.
12. Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-673/01; de 28 de junio de 2001.
13. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; amparo en única instancia, expediente 2559-2007; Gaceta No. 87, sentencia de 27 de febrero de 2008.
14. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de carácter general; expediente 165-91, Gaceta No. 22.
15. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de carácter general; expedientes acumulados 404-2002 y 492-2002.

16. Corte de Constitucionalidad; Inconstitucionalidad de carácter general; expediente 1490-2001; Gaceta No. 73.
17. Corte de Constitucionalidad; Inconstitucionalidad de ley en caso concreto; expediente 4349-2012; Gaceta No. 108.
18. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de Carácter General; expedientes acumulados 1060-2003 y 1064-2003; Gaceta No. 70.
19. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Ampara en Única Instancia; expediente 1361-2006; Gaceta No. 83.
20. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de Carácter General; expediente 2729-2011, Gaceta No. 105.
21. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de Carácter General; expedientes acumulados 3-2011, 4-2011, 52-2011, Gaceta No. 105.
22. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de Carácter General; expedientes acumulados 1079-2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011, 2863-2011, Gaceta No. 110.
23. Corte de Constitucionalidad de Guatemala; Inconstitucionalidad de Carácter General Gaceta No. 61, expediente No. 1258-00, sentencia de 10 de julio de 2001.
24. Corte Europea de Justicia (Sala Quinta); Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) nº 44/2001– Órgano jurisdiccional competente – Competencias especiales en “materia contractual” y en “materia delictual o cuasidelictual, asunto C-147/12 de 18 de julio de 2013.
25. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
26. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.
27. Corte IDH; Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.
28. Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

29. Corte IDH; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
30. Corte IDH; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 24 de agosto de 2010; Serie C No. 214.
31. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
32. Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
33. Corte IDH; Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas; sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.
34. Corte IDH; Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua; Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.
35. Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.
36. Corte IDH; Corte IDH; Caso Kimel Vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 2 de mayo de 200; Serie C No. 177.
37. Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
38. Corte IDH, Caso la Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
39. Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
40. Corte IDH; Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228.
41. Corte IDH; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
42. Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

43. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.
44. Corte IDH; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
45. Corte IDH; Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
46. Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 23 de junio de 2005; Serie C No. 127.
47. Corte IDH; Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4.
48. Corte IDH; Opinión Consultiva Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003; Serie A No. 18.
49. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
50. Corte Suprema de los Estados Unidos de América; Korematsu v. Estados Unidos, Sentencia de 18 de diciembre de 1944; 323 U. S. 214, 216.
51. Corte Suprema de los Estados Unidos de América; Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 87 S. Ct. 1817, 18 L. Ed. 2d 1010 (1967).
52. Corte Suprema de Estados Unidos; Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976); de 20 de diciembre de 1976.
53. Corte Suprema de Estados Unidos; Mathews v. Lucas, 427 U.S. 495, 518 (1976); de 29 de junio de 1976.
54. Corte Suprema de Estados Unidos; Cleburne v. Cleburne Living Ctr., 473 U.S. 432 (1985); de 1 de julio de 1985.
55. Corte Suprema de Estados Unidos; United States v. Carolene Products Co.; 304 U.S. 144 (1938); de 25 de abril de 1938.
56. Corte Suprema de Estados Unidos; Federal Communications Commission and United States, Petitioners v. Beach Communications, Inc. et al.; (92-603), 508 U.S. 307 (1993); de 1 julio de 1993.
57. International Court of Justice; Whaling in the Antarctic, (Australia v. Japan: New Zealand intervening), judgement of march 31, 2014.

58. International Court of Justice; Frontier dispute, (Burkina Faso/Niger), judgement of april 16, 2013.
59. International Tribunal for the Law of the Sea; THE M/V "VIRGINIA G" CASE (PANAMA/GUINEA-BISSAU); judgement of april 14 2014.
60. Sala Cuarta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; expediente 1144-2011-0038; sentencia del 1 de abril de 2011.
61. Sala Cuarta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; expediente 01144-2010-00073, sentencia de 3 de septiembre de 2010.
62. Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Familia; expediente 01014-2011-00007; sentencia del 15 de marzo de 2011.
63. Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil; expediente 01009-2012-00267, sentencia del cinco de septiembre de 2013.
64. Sala Tercera de la Corte de Apelaciones y Previsión Social; expediente 01022-2013-00004, sentencia de 16 de septiembre de 2013.
65. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Amparo en revisión, expediente 2199/2009.
66. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Amparo en revisión, expediente 581/2012.
67. TEDH; Caso Aliyeva y Aliyev v. Azerbaiyán, sentencia de 31 de julio de 2014.
68. TEDH; Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium"v. Belgium (fondo); sentencia de 23 de julio de 1968.
69. TEDH; Caso Chapman v. El Reino Unido; 18 de enero de 2011.
70. TEDH, Case of Connors v. The United Kingdom; Aplicación No. 66746/01; sentencia del 27 de mayo de 2004.
71. TEDH (Grand Chamber); Caso de DH y otros v. la República Checa; de 13 de noviembre de 2007.
72. TEDH; Case of Inze v. Austria; sentencia de 29 de octubre de 1987.
73. TEDH, Caso Kiyutin Vs. Rusia. Sentencia de 10 de marzo de 2011.
74. TEDH; Caso Salgueiro Da Silva Mouta Vs. Portugal. Sentencia de 21 de diciembre de 1999.
75. TEDH; Caso de Stec y Otros v. el Reino Unido; 12 de abril de 2006.

76. TEDH; Case of Thlimmenos v. Greece; sentencia de 6 de abril de 2000; párrafo 44.
TEDH; Case of Inze v. Austria; sentencia de 29 de octubre de 1987.
77. Tribunal Constitucional de España; STC 117/1998, de 2 de junio de 1998.
78. Tribunal Constitucional de España; STC 90/1995, de 9 de junio de 1995.
79. Tribunal Constitucional de España; STC 340/1993, de 16 de noviembre de 1993.
80. Tribunal Constitucional de España; STC 110/1993, de 25 de marzo de 1993.
81. Tribunal Constitucional de España; STC 181/2000, de 29 de junio.
82. Tribunal Constitucional de España; STC 148/1986, de 25 de noviembre.
83. Tribunal Constitucional de España; STC 214/2006, de 3 de julio de 2006.
84. Tribunal Constitucional de España; STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002.
85. Tribunal Constitucional del Perú; Sentencia del expediente No. 0048-2004-PI/TC.
86. Tribunal Constitucional del Perú; Sentencia del expediente No 1711-2004-AA/TC.
87. Tribunal Constitucional del Perú; Sentencia del expediente No. 045-2004-PI/TC.
88. Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991; Fiscal v. Anto Furundzija; Caso No. IT-95-17/1-T; sentencia de 10 de diciembre de 1998.

Revistas

1. Aizenstatd Leistenschneider; N. Alexander; "Medir con la Misma Vara: Parámetros Generales de Escrutinio Judicial para la Evaluación de Limitaciones al Derecho Constitucional a la Igualdad"; *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*; Volumen 58:29; Guatemala; 2009; Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.
2. Coenesa Labastida, Luisa; "La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de igualdad"; *Revista de Derecho Político*; No. 77; España; enero – abril 2010; Universidad Nacional de Educación a Distancia.
3. Dunahoe, Jason, Edwin; "Jurisprudence Désorientée:" The Louisiana Supreme Court's Theory of Jurisprudential Valuation, *Doerr v. Mobil Oil and Louisiana*

Electorate of Gays and Lesbians v. State"; *Louisiana Law Review*; Volume 64, number 3; Estados Unidos; primavera 2004.

4. Dworkin, Ronald; "The Model of Rules"; *The University of Chicago Law Review*; Volumen: 35; publicación 14; Estados Unidos; 1967; University of Chicago.
5. Habermas, Jürgen. "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos." *Diánoia*; volumen LV, número 64 (2010).
6. Kelso; R. Randall; "Standards of review under the equal protection clause and related constitutional doctrines protecting individual rights: The 'Base Plus Six' model and modern Supreme Court Practice"; *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*; Volume 4:2; Estados Unidos; Enero 2002; University of Pennsylvania.
7. Nogueira Alcalá, Humberto; "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas"; *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*; Revista No. 10.; España; 2006; Universidade da Coruña.
8. Ruiz Miguel, Alfonso; "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista Doxa*; Número 19; Alicante, España; 1996; Universidad de Alicante, Área de Filosofía del Derecho; página 41.
9. Strauss, Marcy; "Reevaluating suspect classifications"; *Seattle University Law Review*; Volumen 35:135:2011; Estados Unidos, 2011.
10. Wechsler, Herbert; "Toward neutral principles of constitutional law"; *Harvard Law Review*; Volume 63, number 1; Estados Unidos; noviembre de 1959; Universidad de Harvard.
11. Westen, Peter; "The Empty Idea of Equality"; *Harvard Law Review*; Volume 95, Unites States; enero de 1982.

Otras

1. Cançado Trindade; A.A.; Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, A.A. en Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
2. Cançado Trindade, A.A; Voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade en Corte IDH; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros). Vs. Perú.

Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174.

3. García, Sergio; Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en Corte IDH; Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.
4. Tanaka, Kotaro; Voto disidente del Juez Tanaka en el caso del Suroeste de África, ante la Corte Internacional de Justicia.(ICJ rep. 1966.4)

Anexo “A”

Aplicación de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy

El presente Anexo tiene como objeto ejemplificar la aplicación de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy, como método para la aplicación del subcriterio del principio de proporcionalidad, denominado proporcionalidad en sentido estricto, de conformidad con el capítulo 3 de la presente investigación. La fuente bibliográfica consultada para el desarrollo del presente Anexo ha sido con exclusividad el Epílogo que Alexy escribió a su *Teoría de los Derechos Fundamentales*.³⁵¹

La fórmula de ponderación es la siguiente:

$$x = \frac{IP^1C \times GP^1A \times SP^1C}{WP^2C \times GP^2A \times SP^2C}$$

A continuación se detalla qué significa cada uno de los valores indicados.

P¹ es el principio número uno. Hace referencia al principio que se alega vulnerado. A este respecto, es importante aclarar que de conformidad con la teoría de Alexy, los derechos fundamentales se expresan a través de principios, que son mandatos de optimización.

P² es el principio número dos y representa el principio, valor o derecho que se busca preservar a través de la medida que viola de manera supuesta el Principio 1 (P¹). Es decir, el principio dos es el principio que colisiona con el principio uno. Cuando se hace una limitación o injerencia en el principio uno, deberá existir un fin perseguido. Ese fin perseguido es P².

G A representa el peso abstracto de cada principio. El peso abstracto se comprende si se admite que los derechos tienen cierta jerarquía. El peso abstracto hace referencia al peso que tiene cada principio. Por lo tanto, para medir el peso abstracto del principio en cuestión se deberá determinar el valor de cada derecho en relación con el otro. GP¹A

³⁵¹ Alexy, Roberto; **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**; Madrid, España; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

representa el peso abstracto del principio uno y GP²A representa el peso abstracto del principio dos.

I será la intensidad de la intervención. IP¹C significa la intervención concreta en el principio uno.

W representa el peso concreto del principio. El peso concreto se refiere al riesgo del principio en el caso concreto. Esto se entiende de la siguiente forma: el riesgo de un principio es la intensidad en la cual se le afectaría si no se interviene el principio opuesto. WP²C hace referencia al peso concreto del principio dos.

S representa la seguridad de las premisas. SP¹C representa la seguridad que existe de la vulneración al principio uno. SP²C representa la seguridad que existe en la realización del principio dos.

X es el resultado. El resultado favorecerá al principio uno si el resultado es menor que uno y favorecerá al principio dos si es mayor que uno. En caso el resultado arroje el número 1, habrá un empate y si se concederá libertad al legislador si es que la restricción es legislativa. Es decir, se considerará válida la limitación si está plasmada en una ley.

A cada uno de estos factores se les debe asignar un valor de 1, 2 ó 4; según la intensidad de cada uno. La intensidad leve corresponde a 1, media corresponde a 2 y grave corresponde a 4. Por ello, si la intervención en el principio uno se considera grave, a IP¹C se le concederá el valor 4 y así sucesivamente con los demás factores.

La ponderación utilizando *Loving V. Virginia*

Ahora bien, se procederá a aplicar este juicio a un caso verdadero. Para el efecto, se examinarán los hechos del caso *Loving v. Virginia*, suscitado en Estados Unidos. Es importante enfatizar en que los valores asignados a cada uno de los elementos son propios del autor y no corresponden a los criterios utilizados por la Corte Suprema de Estados Unidos. Tampoco ilustran los criterios específicos empleados en dicho caso, sino que únicamente se utilizan los hechos del caso para la aplicación de la ponderación, para efectos puramente didácticos.

Dicho caso básicamente concierne la prohibición de contraer matrimonio entre personas de diferente raza. Se procederá a signar valores relacionados con P¹. P¹ en este caso es el derecho de contraer matrimonio en condiciones de igualdad. La intervención en P¹ se considera severa porque se está vedando el derecho a elegir con quien se contrae matrimonio. Parte esencial del derecho a casarse implica la decisión de con quién se desea contraer nupcias. Por ello, se considera grave esta intervención. El peso abstracto de la igualdad y el derecho a casarse son altos. Ambos son valores fundamentales sumamente importantes. La seguridad de la intervención en P¹ es sumamente alta. Si se prohíbe que persona de diferentes razas se casen, será certero que se estarán vedando la libertad de casarse para muchas personas.

Ahora se deben asignar valores a P². Es difícil determinar el principio dos en el presente caso. Para esto, habría que encontrar la finalidad de prohibir el matrimonio entre personas de diferente raza. Supongamos que el principio que se buscaba proteger era la mal llamada “integridad de la raza”. El peso abstracto de este principio es nulo. Este fin no tiene ningún sustento constitucional o jurídico en absoluto. Esto podría ser suficiente para no continuar con el test. Sin embargo, para efectos prácticos consideraremos el peso abstracto como leve. El peso concreto será alto, porque se perderá la integridad racial. La seguridad también será alta. Estas asignaciones arrojan la siguiente ecuación:

$$4 = \frac{4 \times 4 \times 4}{4 \times 1 \times 4}$$

El resultado es 4, el cual es mucho mayor que uno y por tanto el principio uno prevalece sobre el segundo. Por tanto, la limitación no cumple con el subcriterio de proporcionalidad en sentido estricto, y desde el punto de vista exclusivo de este subcriterio, la medida es ilegítima.

La ponderación utilizando el caso hipotético de cuotas para mujeres en el Congreso

El ejemplo anterior puede parecer un poco obvio. Hoy en día es evidente que es discriminatorio no permitir a personas de diferente raza casarse. Por ello se procederá a aplicar la ponderación con un caso hipotético que involucra un tema mucho más

controversial en la actualidad. Estudiaremos si es legítimo que legalmente se establezcan cuotas mínimas de diputaciones que deben ocupar mujeres en el Congreso de la República, con la finalidad de alcanzar la igualdad de género.

Para los efectos del presente estudio, P¹ se considerará el derecho de ser electo de los diputados masculinos. Es decir, se estudiará la contienda en el supuesto de que los diputados hombres impugnen la norma que asigna cuotas, alegando la violación a su derecho de ser electos. La intervención en el principio uno se considera media. Es decir, sí hay cierta limitación para los hombres, a quienes formalmente les será más difícil alcanzar una diputación. Esto será así, porque si no se alcanza la cuota legalmente establecida para las mujeres, cada hombre requerirá más votos para ser electo de los que requeriría una mujer. Sin embargo, esto no hace imposible ni sumamente improbable que los hombres puedan resultar electos. El peso abstracto del principio uno será medio. A pesar de que el derecho de ser electo es un derecho fundamental, no es posible equipararlo absolutamente con el principio que juega en sentido contrario. La seguridad en la limitación también se considera alta. Esto porque las elecciones siempre han favorecido ampliamente a los hombres sobre las mujeres, habiendo aproximadamente 6 veces más hombres que mujeres en el Congreso. Es muy probable que no se elija al menos un 30% de mujeres para el Congreso.

P² en el presente caso es el principio de igualdad. El peso concreto del principio dos se considera alto. Esto, porque dado el contexto de Guatemala, si no se interviene en el derecho de ser electo de los hombres, la limitación en el derecho de igualdad de las mujeres será severo, ya que no ocuparán diputaciones. El peso abstracto es alto. El principio de igualdad y No Discriminación goza de un status privilegiado como derecho fundamental. La seguridad de alcanzar cierta igualdad de género es alta. Es un hecho seguro, que en el caso estudiado, al menos existirá un 30% de mujeres como diputadas. Estas consideraciones arrojan el siguiente resultado:

$$1/4 = \frac{2 \times 2 \times 4}{4 \times 4 \times 4}$$

El resultado es un cuarto, o 0.25. Por ello, la medida establecida es legítima. Si hubiese existido un empate, el resultado sería el mismo. Esto, porque de conformidad con la teoría de Alexy, al haber un empate, se concederá deferencia al legislador y se considerará válida la medida si está establecida legalmente.

Anexo “B”

Cuadro de los diferentes grados de escrutinio aplicados por la Corte Suprema de Estados Unidos

Este cuadro se ha extraído textualmente del apéndice de un artículo redactado por Randall Kelso, en el cual se hace un análisis detallado de los diferentes grados de escrutinio constitucional que ha utilizado la Corte Suprema de Estados Unidos en los juicios que ha implementado.³⁵² Por motivos de orden se transcribió el cuadro, y no se adjuntó la imagen del mismo.

Level of Scrutiny	Government Ends	Statutory Means to Ends	
	Government Interest to be advanced	Relationship to Benefits	Burdens
“Base” Minimum Rationality Review			
Minimum Rational Review	Legitimate (substantial deference to gov’t)	Rational (substantial deference to gov’t)	Not irrational
<u>The “Plus Six” Standards of Increased Scrutiny</u>			
Heightened Rational Review Standards			
Basic Rational or Second-Order Review: As with minimum rationality review, challenger has the burden to prove that the statute is unconstitutional	Legitimate (no substantial deference to gov’t)	Rational (no substantial deference to gov’t)	Not irrational (no substantial deference to gov’t)

³⁵² Kelso; R. Randall; "Standards of review under the equal protection clause and related constitutional doctrines protecting individual rights: The 'Base Plus Six' model and modern Supreme Court Practice"; *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*; Volume 4:2; Estados Unidos; Enero 2002; University of Pennsylvania.

Heightened Rational Review Standards, Cont.			
Rational Review with Bite or Third-Order Review: Burden shifts to the government prove that the statute is constitutional. The burden remains on the government for all versions of intermediate and strict scrutiny review.	Legitimate (no substantial deference to gov't)	Rational (no substantial deference to gov't)	Not irrational (no substantial deference to gov't)
Intermediate Review Standards			
Intermediate Review	Substantial/important	Substantially Related	Not substantially more burdensome than necessary.
Intermediate Review with a Bite	Substantial/important	Directly Related	Not substantially more burdensome than necessary.
Strict Scrutiny Standards			
Loose Strict Scrutiny	Compelling	Directly Related	Not substantially more burdensome than necessary.

Strict Review	Scrutiny	Compelling	Directly Related	Least restrictive alternative
------------------	----------	------------	------------------	----------------------------------

Anexo C

Cuadro comparativo de los juicios de igualdad aplicados por diferentes órganos jurisdiccionales

CUADRO COMPARATIVO DEL JUICIO DE IGUALDAD ADOPTADO EN DIFERENTES CORTES NACIONALES E INTERNACIONALES					
Tribunal	Tipo de Test	Estructura del Test	Utilización de categorías sospechosas	Casos	
Corte Suprema de Estados Unidos					
Suprema Corte de Justicia de la Nación de México					
Corte Constitucional de Colombia					
Tribunal Constitucional del Perú					
Corte Interamericana de Derechos Humanos					

Tribunal Europeo de Derechos Humanos					
Tribunal Constitucional de España					
Corte de Constitucionalidad de Guatemala					