



FACULTAD DE DERECHO

**LA CONVENIENCIA DE REFORMULAR EL EXAMEN DE
IGUALDAD EN LA FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**PRESENTADA POR
APODEMIO PAÚL SALCEDO PAULINO**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2017



**Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada
CC BY-NC-ND**

El autor solo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

**LA CONVENIENCIA DE REFORMULAR EL EXAMEN DE IGUALDAD EN LA
FUNCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADA POR:

APODEMIO PAÚL SALCEDO PAULINO

LIMA, PERÚ

2017

*A Redina D. Paulino Taype, mi madre, por
todo su amor puro e incondicional*

“La igualdad es un jeroglífico y plantea unos problemas de interpretación que, como iremos viendo, no se parecen en nada a los que plantean los demás derechos fundamentales”.

Javier Pérez Royo

“La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición de discriminación del art. 14 no es muy abundante y sí compleja y poco coherente”.

D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak

“... cuando se profundiza en la comprensión de su sentido y alcance, la simplicidad conceptual se desvanece y el tema se vuelve particularmente resbaloso, lo cual explica la amplitud de las discusiones filosóficas sobre este derecho”.

Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez

“... la igualdad constitucional es todo y es nada. Sin ella no hay Derecho, ya que las diferencias personales solamente pueden ser expresadas jurídicamente de forma generalizada y no excepcional a partir de la igualdad. Sin igualdad hay diferencias personales, pero no diferencias jurídicas”.

Javier Pérez Royo

2.1.2.2.1.2.2.2	Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana	36
2.1.2.2.1.2.3	Discriminación positiva o inversa	36
2.1.2.2.1.2.4	Discriminación múltiple o discriminación interseccional.....	38
2.1.2.2.1.2.4.1	TEDH: Caso Beauty Solomon...41	
2.1.2.2.1.2.5	Discriminación estructural	42
2.1.2.2.1.2.6	Discriminación por percepción	43
2.1.3	La igualdad en la teoría de justicia	43
2.2	Definiciones conceptuales.....	46
2.2.1	La igualdad como valor.....	46
2.2.2	El principio de igualdad.....	47
2.2.3	El derecho de igualdad	47
2.2.4	<i>Tertium comparationis</i>	47
2.2.5	Discriminación	48
2.2.6	Juicio de igualdad	48
2.2.7	Justificación interna	49
2.2.8	Justificación externa	49
2.2.9	<i>Jus cogens</i> o derecho imperativo	50
 CAPÍTULO III: HIPÓTESIS Y VARIABLES		51
3.1	Hipótesis principal	51
3.2	Hipótesis secundarias	51
 CAPITULO IV: DISEÑO METODOLÓGICO		53
4.1	Diseño de la investigación.....	53
4.1.1	Nivel de investigación.....	53
4.1.2	Método de investigación.....	53
4.2	Diseño muestral	54
4.3	Técnicas para la recolección de datos	54
4.3.1	Estudio de casos	54
 CAPÍTULO V: LA IGUALDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO		55
5.1	¿Dónde encontramos la igualdad en la CADH?.....	55
5.2	¿Qué contiene el artículo 24 de la CADH?	58
5.3	La Corte IDH y la igualdad	59
5.3.1	Tratamiento de la igualdad en las decisiones consultivas de la Corte IDH ...	59

5.3.2 Tratamiento de la igualdad en las decisiones contenciosas de la Corte IDH	61
5.4 Con relación a la igualdad, ¿existe una verdadera diferencia entre el 1.1 y el 24 de la CADH?	64
5.4.1 Relativización de las cláusulas de igualdad según la jurisprudencia de la Corte IDH	65
5.4.2 Saturación de las obligaciones del artículo 1.1	68
5.4.3 Identidad de “igualdad ante la ley” entre la sede constitucional y la convencional	69
5.4.4 Diálogo jurisprudencial en el caso del principio de igualdad	72
5.4.4.1 Dos tipos de diálogo jurisprudencial	73
5.4.4.1.1 Diálogo jurisprudencial indirecto	73
5.4.4.1.2 Diálogo jurisprudencial directo	75
5.4.4.1.2.1 La necesidad de un diálogo jurisprudencial interno directo: apuntes sobre el caso del juicio de igualdad	75
5.4.4.1.2.2. ¿Qué ha dicho el TEDH al respecto?	75
5.4.4.2 Juicio de igualdad en el caso colombiano, a propósito del diálogo jurisprudencial	77
5.4.4.3 Juicio de igualdad en el caso peruano, a propósito del diálogo jurisprudencial	80
5.4.5 La teoría de diferenciación según el concepto de igualdad	81

CAPÍTULO VI: LOS JUICIOS DE IGUALDAD UTILIZADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH84

6.1. Examen de igualdad utilizado por la jurisprudencia de la Corte IDH	85
6.1.1 Casos analizados en función de la obligación estatal de respeto (igualdad en la ley; igualdad formal; control convencional de la norma en función de la igualdad; Poder Legislativo; igualdad relativa al acto)	85
6.1.1.1 El juicio de igualdad frente a leyes discriminatorias para establecer responsabilidad estatal en la jurisprudencia de la Corte IDH	85
6.1.2 Casos analizados en función de la obligación estatal de garantía (igualdad en la aplicación de la ley; igualdad fáctica; el deber de adoptar medidas especiales en función de la igualdad; Poderes Judicial y Ejecutivo; igualdad relativa al resultado)	92
6.1.2.1 El juicio de igualdad frente a acciones arbitrarias realizadas por el Estado	92
6.1.2.2 El juicio de igualdad frente a la aplicación de la norma de forma arbitrariamente	101
6.1.2.3 El juicio de igualdad frente al acceso a la justicia	105
6.1.2.4 El juicio de igualdad frente a cláusulas especiales de igualdad	110

6.1.2.5 El juicio de igualdad frente a la intencionalidad o dolo en la discriminación por parte del Estado	112
6.1.2.6 El juicio de igualdad frente a las acciones afirmativas exigidas para los grupos vulnerables	114
6.1.2.7 Nueva fórmula de igualdad: una tarea pendiente	116
CAPITULO VII: CONCLUSIONES.....	118
RECOMENDACIONES	122
FUENTES DE LA INFORMACIÓN	125
Fuentes bibliográficas.....	125
Fuentes electrónicas	129
Tesis.....	132
Normativa internacional y nacional.....	132
Pronunciamientos internacionales Corte IDH, TEDH, CDH, observaciones generales	133
Jurisprudencia de tribunales nacionales y otros	139

RESUMEN

La investigación cuestiona las bases teóricas en las cuales se ha basado el juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es la diferenciación que realiza dicho órgano entre el artículo 1.1 y el 24 de la Convención Americana, así como el método del examen de igualdad basado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, cuya convención no cuenta con una norma adscrita de igualdad ante la ley sino únicamente de prohibición de discriminación.

Asimismo, a través del estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se demuestra que de los treinta y siete casos que ha desarrollado o analizado una problemática relacionada con la igualdad, la Corte IDH no ha adoptado una técnica uniforme de análisis en el derecho a la igualdad.

Por el contrario, han existido diversos criterios para determinar el resultado de cada caso en concreto. Por ejemplo, en determinados casos, la inversión de la carga de la prueba fue exigida mientras en otros, no. Si bien en la mayoría de casos contenciosos se ha llegado a soluciones razonables a través de la justificación externa, se cuestiona la discrecionalidad para utilizar una metodología para abordar la problemática de la igualdad, es decir, la racionalidad de la justificación interna en los casos analizados.

Dicho problema se complica, si en sede interna, se tiene en cuenta que las altas cortes de los Estados tienen similar dilema cuando analizan la igualdad. La Corte Interamericana debería contar con un método más eficiente de tal manera que pueda evidenciar problemas de discriminación y obligación de acciones positivas mínimas para garantizar una igualdad fáctica dentro de los Estados.

Posteriormente, dentro de las recomendaciones, se planteó un nuevo examen de igualdad, de acuerdo con todos los tópicos empleados a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sintetizados en ocho pasos que se deben seguir en un nuevo

examen de igualdad, que tome en cuenta la condición del peticionario, el tipo de escrutinio a realizar, un término de comparación válido y un test de proporcionalidad.

Palabras claves: Juicio de igualdad, principio de igualdad, igualdad, término de comparación, acciones afirmativas, jurisprudencia de la Corte Interamericana.

ABSTRACT

It research questions them bases theoretical in which it has based the trial of equality in the jurisprudence of it Court inter-American of rights human, this is it differentiation that performs said organ between the article 1.1 and the 24 of it Convention American, as well as the method of the examination of equality based in the jurisprudence of the Court European, whose Convention not has with a standard attached of equality before the law but only of ban of discrimination.

Also, through the study of the jurisprudence of the Court inter-American, is shows that of them thirty and seven cases that has developed or analyzed a problematic related with the equality, the Court HDI not has adopted a technical uniform of analysis in the right to the equality.

On the other hand, there have been various criteria to determine the outcome of each case in particular. For example, in certain cases, the inversion of the burden of proof was required while others do not. While in the most of cases contentious is has arrived to solutions reasonable through it justification external, is questions it discretion for use a methodology for address the problematic of the equality, i.e., the rationality of it justification internal in them cases analyzed.

Said problem is complicated, if in headquarters internal, is has in has that them high cuts of those States have similar dilemma when analyzed the equality. The Inter-American Court should have a more efficient method in such a way that it can reveal problems of discrimination and positive action measures minimum obligation to ensure factual equality within the States.

Subsequently, within the recommendations, arose a re-examination of equal, according to all employees' topics through the jurisprudence of the Inter-American Court. Synthesized in eight steps that are should follow in a new test of equality, that take in has the condition.

Keywords: Judgment of equality, equality principle, equality comparison term, affirmative action, jurisprudence of the Interamerican Court.

INTRODUCCIÓN

La igualdad es un derecho complejo por su naturaleza relacional y resulta un problema jurídico al momento de evaluar sus restricciones. En efecto, no existe un consenso dentro de la familia del *continental law* (término romano-germánico) sobre el método para examinar la problemática de la igualdad en las decisiones judiciales adoptadas por las altas cortes nacionales, como también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

En dicho contexto, decidimos investigar cuál es el método adecuado para reconocer cuándo se vulnera el derecho a la igualdad, es decir, cuándo un acto o una ley pueden ser considerados discriminatorios o cuándo pese a no haber tenido una intención discriminatoria, el resultado de la acción resultó lo contrario en el ámbito de la función contenciosa de la Corte IDH.

Si bien existen diversos exámenes de igualdad que realizan las altas cortes nacionales, delimitamos el problema en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos específicamente; toda vez que, es la última esperanza de un justiciable cuyo Estado haya ratificado su competencia contenciosa, por lo que debe tener una metodología que pueda abordar todas las aristas del principio de la igualdad. Máxime cuando es un órgano de única instancia, en la que la actual relevancia de la argumentación jurídica en los fallos jurisdiccionales interamericanos cobra especial interés por tener la última palabra en relación con el método racional para abordar un caso y que se presenta en el marco de los discrepantes exámenes sobre el derecho a la igualdad dentro de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). Además, las disposiciones constitucionales nacionales del derecho a la igualdad, así como el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tienen la misma redacción, por lo que se considera factible establecer un diálogo jurisprudencial en relación con este tema.

En específico, en el artículo 1.1 como en el 24 de la CADH se garantiza la prohibición de la discriminación. Por un lado, el artículo 1.1 obliga a los Estados partes a respetar

los derechos y las libertades convencionales sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o cualquier otra condición social; y por otro lado, el artículo 24 reconoce que todas las personas son iguales ante la ley; y en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección.

Ambas cláusulas han tenido una interpretación particular de la Corte IDH muy prematuramente en el año 1984, a propósito de la Opinión Consultiva N.º 04, realizada por el Estado de Costa Rica sobre un proyecto de ley constitucional. En este se ensayó de forma incipiente¹ una tesis que diferenciaba ambas cláusulas: el artículo 1.1 como cláusula subordinada a los derechos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y al artículo 24 como cláusula autónoma que se extiende al derecho interno.

No obstante, en la presente investigación se planteó que producto de la mencionada tesis de diferenciación, no se ha podido tener un examen de igualdad adecuado hasta la fecha en el que se pueda visibilizar los casos que presenten una diferenciación injustificada. Toda vez que dicha diferenciación conlleva a la relativización de ambos artículos.

La relativización de los artículos 1.1 y 24 de la CADH ocasiona que la Corte IDH, en las declaraciones de responsabilidad estatal, declare la violación del artículo 1.1 en combinación con del artículo 24, *prima facie* diferentes en relación con otros derechos convencionales. Incluso, en algunos casos, la Corte IDH determina literalmente, que se puede evaluar desde ambos artículos indistintamente.

En consecuencia, en los siguientes capítulos abordaremos el tema de la siguiente manera:

¹Se señala dicho término dado que la Corte IDH estableció: “Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias...” (párr. 54, O. C. N.º 4-84). Se advierte que, en primer lugar, se reconoce que en dicha opinión no precisa diferencias relevantes en referencia a los artículos 1.1 y 24 de la CADH.

En el capítulo I se describirá la realidad del problema: objetivos, justificación y delimitación de la investigación. Asimismo en el capítulo II, se resaltarán los diversos enfoques que puede presentar el estudio del principio de igualdad, según la filosofía del derecho, la teoría de la justicia y la dogmática jurídica.

En el capítulo III se planteará las posibles soluciones a través de la hipótesis principal y las hipótesis secundarias. En el capítulo IV, se tratará sobre el diseño de la investigación y cómo se abordó el nivel y el método de la investigación.

En ese sentido, en el capítulo V se abordarán los argumentos por los que se debe considerar al momento de realizar el juicio de igualdad o tratar un caso relativo a esta, únicamente en función del artículo 24 de la CADH, entendido como una cláusula general que incluye el artículo 1.1.

Asimismo, en el capítulo VI, se abordarán todos los casos en los que la Corte IDH ha examinado el problema sobre igualdad. Se estudiaron treinta y siete casos contenciosos de la Corte IDH, en los que se comprueba la hipótesis planteada.

Finalmente, en las recomendaciones, se planteará un nuevo juicio de igualdad, considerando tópicos encontrados en el análisis jurisprudencial realizado. Dado que “[l]a tónica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión” (Viehweg, 1964: p. 49).

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad del problema

En la CADH, tanto el artículo 1.1 como el 24 garantizan la prohibición de la discriminación. Por un lado, el artículo 1.1 obliga a los Estados partes a respetar los derechos y libertades convencionales sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o cualquier otra condición social; y por el otro lado, el artículo 24 reconoce que todas las personas son iguales ante la ley y, en consecuencia, tienen derecho sin discriminación a igual protección de esta.

Sin embargo, la diferencia establecida jurisprudencialmente por la Corte IDH supuestamente radica en que el artículo 1.1 es una obligación de carácter general y se extiende únicamente a todas las disposiciones del tratado, denominada cláusula subordinada. Por otra parte, el artículo 24 prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, es decir que se extiende al derecho interno de los Estados parte y prohíbe introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley, así como en la aplicación de esta.

No obstante, la presente investigación demostró que la diferenciación realizada por la Corte IDH es superflua y aparente, toda vez que, en estricto, la disposición del artículo 24, relacionada con el derecho a la igualdad, contiene a la cláusula del artículo 1.1 en el extremo de la prohibición de discriminación.

Por tanto, se comprobará que invisibilizar dicho argumento ocasiona confusión al momento de examinar el derecho de igualdad en los casos contenciosos que la Corte IDH ha evaluado. Aunado a la heterogeneidad en los exámenes de igualdad que realiza la propia corte al momento de evaluar un acto o ley presuntamente discriminatoria. Máxime, cuando toma por referencia la jurisprudencia del TEDH, cuya norma adscrita es el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), el cual que no reconoce la igualdad ante la ley sino únicamente se refiere a la prohibición de discriminación:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. (CEDH, 1950, artículo 14).

Como se puede apreciar, es similar a la disposición del artículo 1.1 de la CADH, constituyéndose ambas cláusulas como subordinadas. Se advierte que en el ámbito europeo, el artículo 14 es el único relacionado a la igualdad, por lo que no existe un artículo que reconozca el derecho a la igualdad.

Al respecto, la profesora Encarna Carmona explicó que, pese haberlo propuesto en el CEDH, no se consideró el derecho a la igualdad toda vez que “...por su carácter vago y general, era considerado como fuente de construcciones jurídicas peligrosas lo que hizo que se planteasen serias dudas sobre la utilidad...” (Carmona, 2005: p. 667) dentro del Convenio Europeo.

Hay que precisar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha tenido un giro, dado que ha tratado de incluir la igualdad ante ley, a través del Protocolo Adicional N.º 12 del CEDH. Sin embargo, la CADH, pese a tener dicha cláusula desde su promulgación, aún no ha realizado un adecuado desarrollo.

Al examinar los casos de afectación de la cláusula autónoma del derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 24 de la CADH), la Corte IDH propone realizar un test de igualdad, que es idéntico al que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, convirtiéndolo *per se* en un examen menos garantista, ya que el TEDH realiza el examen de igualdad en función de su única cláusula subordinada de igualdad que, en el caso de la CADH, corresponde al artículo 1.1 y no al 24.

En ese sentido, tanto la diferenciación innecesaria entre una supuesta cláusula autónoma de igualdad y una subordinada, además de utilizar el examen de igualdad del Tribunal Europeo y que el CEDH solo reconoce la prohibición de la discriminación, refleja en la *praxis* jurisprudencial de la Corte IDH una incompleta tutela del derecho a la igualdad frente a casos concretos. Esto ocasiona:

- a. La invisibilización, en algunos casos, de situaciones discriminatorias que deberían tener amparo en la jurisdicción de la Corte IDH, ya sea por objeto o por resultado;
- b. Una inoperante cláusula autónoma de igualdad al diferenciarla con el artículo 1.1 y no reconocer la inclusión de este dentro del 24, cuyas consecuencias son la relativización de ambas cláusulas; y
- c. Una deficiente justificación racional al motivar la tutela del derecho a la igualdad ante la ley, en la jurisprudencia de la Corte IDH, siendo un órgano de última instancia.

Dentro de las consecuencias advertidas por dichos problemas, se encuentra por ejemplo, el análisis de Marianne Gonzales y Oscar Parra en un artículo de investigación relacionado al caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela, en el que

se describe que “La Corte omitió entender el trato arbitrario como violación del derecho a la igualdad” (2008: p. 141).

No obstante, pese haber un trato desigual que no era razonable ni necesario, dado que cinco jueces que habían cometido la misma infracción disciplinaria, tuvieron consecuencias jurídicas distintas: a tres se les separaron del cargo y dos se jubilaron. La Corte IDH declaró infundado el pedido de las víctimas (Gonzales y Parra, 2008).

Otro ejemplo, se evidencia en el caso Suárez Rosero contra Ecuador, en el que se determinó que el artículo 114 de su Código Penal era inconvencional, al señalar que las personas con detención preventiva que hayan permanecido más de la tercera parte de años de pena máxima sin auto de sobreseimiento o de apertura serían puestas inmediatamente en libertad, con la excepción de las personas procesadas por los delitos de tráfico ilícito de drogas. Dicha situación fue examinada por la Corte IDH en función del artículo 2 y no en función del 24, pese a que las víctimas argumentaban una política criminal discriminatoria en función del delito de tráfico de drogas.

El antecedente mencionado ocasionó que luego, en el caso Acosta Calderón contra Ecuador, se cuestionara la misma norma penal. La Corte IDH reiteró que existía una violación del artículo 2 de la CADH. Sin embargo, diferentes consecuencias hubiera tenido si se hubiera examinado en función del derecho de la igualdad, toda vez que, podría prevenir que Ecuador evidencie su trato discriminatorio legislativo y no continúe con dichas políticas legislativas como señalaron los representantes del señor Acosta Calderón.

Un tercer ejemplo se evidencia en los casos Ríos y Perozo contra el Estado de Venezuela, en los que se identificó que los peticionarios de ambos casos pertenecían a la categoría prohibida de discriminación por sus “opiniones políticas”. Sin embargo, al momento de realizar el examen de igualdad, la Corte IDH denegó el pedido,

señalando que los peticionarios no habían podido probar el acto discriminatorio presuntamente realizado por el Estado.

No obstante, en el caso Granier contra Venezuela, en el que se alegaba también un acto discriminatorio por parte del Estado, la Corte IDH invirtió la carga de la prueba, teniendo presente la categoría prohibida de discriminación de la opinión política a la cual pertenecían los peticionarios.

En ese sentido, corresponde la pregunta: ¿resulta conveniente reformar el examen de igualdad para la resolución de los casos contenciosos de la Corte IDH, en función del artículo 24 de la CADH, dada la discrecionalidad de los métodos con los cuales se aborda el examen de igualdad?

Lo antedicho evidencia una relevancia práctica de revisar el criterio adoptado por la Corte IDH respecto del examen de igualdad, debido a que existen ciertas limitaciones al examinar la cláusula autónoma de igualdad, reconocida en el artículo 24 de la CADH.

En consecuencia, la presente investigación pretende cuestionar el modo tradicional de haber separado dichos artículos que hacen mención a la igualdad, ya que solo ha ocasionado una confusión para abordar los casos relacionados con la igualdad, y relativizar ambos artículos.

Asimismo, la presente investigación constituyó un esfuerzo por encontrar remedios adecuados para quienes hacen uso de los mecanismos de protección de los derechos humanos en el ámbito regional, facilitando así que la Corte Interamericana optimice las reparaciones de las víctimas en función del tipo de violación que se advierta, a través de sus diversas formas de reparación, entre ellos, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición al tutelar el derecho a la igualdad en sede supranacional.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿Resulta conveniente reformar el examen de igualdad para la resolución de los casos contenciosos de la Corte IDH, en función del artículo 24 de la CADH?

1.2.2 Problemas específicos

- ¿Por qué la Corte IDH no utiliza de manera uniforme un solo criterio para evaluar si un acto es discriminatorio según la CADH?
- ¿Qué limitaciones genera la aplicación del principio de igualdad tal y como viene siendo realizada por la Corte IDH?
- ¿Por qué la Corte IDH no utiliza la doctrina del *tertium comparationis* en el examen de igualdad, teniendo una cláusula autónoma similar a las cláusulas autónomas constitucionales de los Estados?
- ¿Existe en el derecho comparado otras formas distintas de examinar el principio de igualdad más eficiente, en virtud de un diálogo jurisprudencial?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

Demostrar la conveniencia de reformar el examen de igualdad para la resolución de los casos contenciosos de la Corte IDH.

1.3.2 Objetivos específicos

- Evidenciar que la Corte IDH no utiliza un solo criterio para evaluar si un acto es discriminatorio según la CADH.
- Identificar las limitaciones que puede generar la aplicación del principio de igualdad tal y como es realizada por la Corte IDH.

- Evaluar la viabilidad de utilizar la doctrina del *tertium comparationis* en el examen de igualdad.
- Identificar otra forma distinta de examinar el principio de igualdad según los tribunales o las cortes constitucionales de los Estados parte de la CADH.

1.4 Justificación de la investigación

1.4.1 Desde el aspecto teórico

La investigación se justificará teóricamente, ya que sometió a crítica el actual examen de igualdad que desarrolla la Corte IDH, para ensayar posteriormente una nueva forma de analizar dicho examen.

1.4.2 Desde el aspecto social

Se justificó debido a que comprendió la posibilidad de optimizar la cláusula autónoma de igualdad contemplada en la CADH, para poder visibilizar tratos discriminatorios, ya sea por objeto o por resultado, en las sociedades de los Estados partes, ayudando a las personas que hacen uso del mecanismo de protección del Sistema Interamericano.

1.4.3 Desde el aspecto práctico

Se justificó por conllevar a la resolución de controversias concretas de la realidad jurisdiccional de la Corte IDH, explicando los límites y dificultades del actual examen de igualdad y proponiendo reformas que impactarán tanto a nivel nacional (en el derecho interno) así como internacional (dentro del derecho internacional de los derechos humanos).

Este impacto a nivel nacional se justifica debido a que desde el 27 de julio de 1977, el Perú es signatario (firmante) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que ratificó a partir del 12 de julio de 1978. Se entiende de esta

convención como el acto internacional indispensable en el que un Estado hace constar su consentimiento formal en obligarse por un tratado. En ese sentido, Perú se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de enero de 1981. Por tanto, el estudio de la jurisprudencia de la Corte IDH resulta de especial trascendencia para las personas que hacen uso de la jurisdicción supranacional.

Además, se justificó toda vez que el artículo 2.2 de la Constitución reconoce el derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. En ese sentido, concordado con la cuarta disposición final y transitoria que exige una interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, corresponde respecto al derecho fundamental de la igualdad ante la ley tener presente lo manifestado por la Corte IDH.

1.5 Delimitación de la investigación

1.5.1 Espacial

La investigación se realizó en el Estado del Perú, departamento de Lima, provincia de Lima.

1.5.2 Temporal

La investigación comprendió desde el primer caso contencioso de la Corte (caso Velásquez Rodríguez vs Honduras). Es decir, desde 21 de julio de 1989 hasta el 21 de noviembre de 2016.

1.5.3 Conceptual

En la investigación se aplicaron conocimientos jurídicos relacionados a las áreas: a) derecho internacional de los derechos humanos, b) derecho constitucional; y, c) filosofía del derecho.

1.6 Limitaciones

No existió limitación alguna para la investigación.

1.7 Viabilidad

La investigación fue viable técnicamente debido a los conocimientos jurídicos aprendidos a través de la carrera, a las participaciones en concursos jurídicos de simulación de litigio ante la Corte Interamericana, las ponencias a nivel nacional e internacional sobre Derechos Humanos; y por el asesoramiento del profesor Omar Sar Suárez, presidente del Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad San Martín de Porres.

Asimismo, fue viable materialmente dado que las sentencias de la Corte Interamericana se encuentran colgadas en su integridad en su respectiva página web.

Del mismo modo, fue viable económicamente, ya que se gestionó con recursos propios.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Bases teóricas

La igualdad del hombre, utilizada en cualquier discurso como carga retórica (Sen, 1992), seduce y convence al público oyente sin siquiera ser un valor en sí misma y sin manejar un mismo concepto de igualdad entre el emisor y los receptores.

“La igualdad es un jeroglífico y plantea unos problemas de interpretación que, como iremos viendo, no se parecen en nada a los que plantean los demás derechos fundamentales” (Pérez, 2014: p. 211). Por ello, se debe agrupar y diferenciar conceptos para realizar un adecuado estudio del examen de igualdad en la jurisprudencia de la Corte IDH.

En ese sentido, se presenta el problema de la conceptualización de la igualdad desde tres enfoques: a) la filosofía del derecho, b) la dogmática jurídica; y, c) la teoría de la justicia. Para ello, se considera la división general del estudio del derecho realizada por Theodor Viehweg (1997: p. 15).

2.1.1 La igualdad en la filosofía del derecho

Establecer o ensayar un concepto de igualdad en este ámbito presupone el nacimiento de una teoría del derecho o la fundamentación de ella, ya sea para un ámbito positivista o lo contrario, para un enfoque liberal igualitario, igualitarista, comunitario, para demostrar ficciones jurídicas, entre otros.

Por ejemplo, Marx señaló: “En el reino humano, cuando no son el azar [...] los que rigen, sino la conciencia y la voluntad racionalista, todos los hombres son iguales por nacimiento y, en cuanto miembros de un organismo social, tienen una misma condición” (Eymar, 1987: p. 36). Dicha noción de la igualdad genera una teoría de derecho marxista. Esta, a su vez, crea una dogmática jurídica y, por supuesto, su teoría de la justicia marxista —dada su peculiar noción de igualdad—. Cabe resaltar que estos conceptos se encuentran entrelazados en cierta medida, debido a que, como explica Viehweg, existe una “...cadena de conexión (...) de la filosofía del derecho resulta una teoría del derecho que, en tanto teoría fundamental, posibilita una dogmática jurídica” (Viehweg, 1997: p. 15).

Por ello, resulta importante identificar en qué ámbito nos encontramos para desarrollar la presente investigación. Dado que el problema de la conceptualización de la igualdad y la abundante literatura jurídica relacionada con el tema mezclan indistintamente los conceptos planteados.

La igualdad en la historia de la humanidad ha tenido diversos significados, dado que desde la edad antigua, modo de producción esclavista, existía una idea de igualdad para justificar a los ciudadanos y los esclavos. En la edad media, existía una idea de igualdad para justificar a las monarquías y los súbditos. En la edad moderna, se utilizó para quebrar el *status quo* de la monarquía y surja la burguesía. En la edad contemporánea se habla de una igualdad material para equiparar la balanza en la práctica de los grupos de personas que históricamente han sido discriminados.

En el ámbito de la filosofía del derecho, el tema de la igualdad ha sido conceptualizada por diversos filósofos a través de la historia:

Dentro de los sofistas, Hippias concebía que todos los hombres por la naturaleza eran iguales, “y que solo por virtud de las leyes hechas por el hombre se introdujeron la desigualdad y la esclavitud” (Ross, 1997: p. 291). Por el contrario, los filósofos griegos más renombrados Platón y Aristóteles “defendieron la Institución de la esclavitud como fundada en la natural desigualdad de los hombres...” (Ross, 1997: p. 291).

Al respecto, Bobbio relaciona la cláusula de igualdad² con la “isonomía” conceptualizada por Eurípides:

“no hay peor enemigo de una ciudad que un tirano, cuando no predominan las leyes generales y un solo hombre tiene el poder, dictando las leyes para sí mismo y sin ninguna equidad. Cuando hay leyes escritas, el pobre con el rico tienen igual derecho” (Las suplicantes, 429-434)” (citado en 1993: p. 71).

La isonomía de la Grecia clásica “aparece ligada a otras modalidades de igualdad como la *isegoría*, igual derecho a expresar oralmente el pensamiento, y la *isotimía*, igual derecho de los ciudadanos para acceder a los cargos públicos (Fasso, 1959)” (citado en A. Pérez, 2007: p. 17).

Es menester precisar que bajo esa fórmula clásica de igualdad se justificó la esclavitud en Grecia y Roma. Bajo esa lógica también se desarrolló el Nacionalsocialismo en la Alemania nazi. Esta cláusula que consiste en: “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” (Alexy, 1993: 385). Por tanto, plantea que se debe exigir una igualdad de hecho, igualdad material o igualdad en la práctica (Alexy, 1993: 385 - ss.).

En la Edad Media regía la ley natural: una regla de conducta que imponía la obligación de ejercer el poder a los monarcas y de obedecer a los súbditos

² “Todos los hombres son iguales ante la Ley”.

(denominada por Bobbio como parte del iusnaturalismo clásico y medieval). Esta ley señalaba que: “Quien tenía un derecho sobre los gobernantes era en última instancia sólo Dios, frente al que los gobernantes eran responsables de sus propias acciones, y no frente al pueblo” (1991: p. 41).

“Como pone de relieve Rosenfeld, la trayectoria histórica de la igualdad constitucional es el resultado de una larga y difícil lucha contra los privilegios y estatus feudales” (Garrido, 2009: p. 21). Fue un proceso histórico que se encuentra y estudia dentro del transcurso de la evolución de los derechos fundamentales. No se puede dejar de mencionar la Carta Magna promulgada el 15 de junio de 1215 por el rey Juan de Inglaterra, pionera en limitar el absolutismo.

Hay que destacar que la concepción de igualdad que manejamos en la actualidad se fundamenta en los principios filosóficos del “padre del liberalismo clásico”. En efecto, la profesora Garrido Gómez señala que “...el liberalismo de esta época es el clásico, propugnado por Locke en el siglo XVII [...] para el cual el individuo es el que tiene la primacía sin que se admitan actuaciones de los poderes públicos que limiten su autonomía ” (2009: p. 23).

Principalmente el pensamiento de la igualdad de Locke revoluciona los fundamentos del absolutismo, al considerar que el estado de naturaleza es un “...estado de igualdad en que todo el poder y la jurisdicción son recíprocos (...) no habiendo nada más evidente que el hecho que las criaturas de una misma especie y categoría (...) deben ser iguales entre sí (1936: p. 118)” (Terán, 1949: p. 111)

En esa misma línea, Thomas Hobbes señala que “[l]a Naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu” (p. 105). Además considera como menores las diferencias naturales del aspecto físico y mental que se pueda tener al señalar: “[n]o hay, en efecto y de ordinario, un signo más claro de distribución igual de una cosa, que el hecho de que cada hombre esté satisfecho con

la porción que le corresponde” (p. 106). “Por supuesto que en el sistema del Leviathan esta igualdad no conducirá al bien” (Terán, 1949: p. 111).

Un hito sobresaliente para fundamentar el constitucionalismo moderno, con fundamento filosófico liberal, fueron las revoluciones de las colonias inglesas en América y la Revolución francesa. Por ejemplo, la igualdad fue uno de los pilares para justificar la declaración de la independencia de los Estados Unidos.

Al respecto, los pensadores que redactaron la declaración de independencia de los Estados Unidos expresaron: “Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador dotados de ciertos derechos inalienables...” (Preámbulo de la declaración unánime de los trece Estados Unidos de América) “... bajo la dirección de Thomas Jefferson, John Adams, Benjamín Franklin, Roger Sherman y Roberto R.” (Murcia, Andrés y Juan Charria, 1997: p. 279).

La igualdad también se encuentra relacionada a la ilustración y es fundamentación orgánica del Estado (Terol, 2012). Así encontramos a Montesquieu, que en su libro *El espíritu de las leyes*, señala que una de las virtudes de la república es el amor a la igualdad, representada en la democracia. No obstante, es consciente que por un lado es fundadora del Estado y por otro es inalcanzable, dado que, “Sin duda, en el estado de naturaleza los hombres nacen iguales; pero no podrían continuar siéndolo. La sociedad les hace perder esta igualdad, que solo las leyes pueden devolverles” (Montesquieu, 1906: p. 170).

Empero, Montesquieu señala: “aunque en la democracia la igualdad real sea el alma del Estado, sin embargo, es tan difícil alcanzarla, que no convendrá siempre la suma exactitud en este punto” (Montesquieu, 1906: p. 74). Incluso el pensador francés manifiesta que la democracia puede producir desigualdad (Montesquieu, 1906: p. 75).

Por otro lado, Jean-Jacques Rousseau indicó que la desigualdad provenía de: a) la naturaleza; y, b) de la vida en sociedad (vida política). Además manifestó públicamente que los hombres eran desiguales por naturaleza (Terol, 2012: p. 31, 32) en su discurso de un concurso en la Academia de Dijon en 1753. Sin embargo, el pensador francés cambió sus posturas iniciales y señaló que "... la ley debía ser general, y se comprende que lo hiciera, pues en otro caso no hubiera podido atribuirle además la virtud de restablecer, en el derecho, la igualdad natural entre los hombres..." (Montesquieu, 1906: p. 37).

En dicho contexto se elaboró la *Enciclopedia razonada de las ciencias, de las artes y oficios*, editada por Denis Diderot y D'Alembert. El propósito de esta publicación fue plasmar no solo las ideas de la ilustración sino también todo el conocimiento en general. Ahí encontramos los conceptos de la *égalité naturelle* (igualdad natural) del derecho natural, el principio y el fundamento de la libertad: "*L'égalité naturelle ou morale est donc fondée sur la constitution de la nature humaine commune à tous les hommes, qui naissent, croissent, subsistent, & meurent de la même manière*"³ (1751: p. 415).

En dicho desarrollo conceptual de la Enciclopedia francesa, el significado de la igualdad estuvo a cargo del filósofo y escritor Louis de Jaucourt, quien recogió las ideas de Montesquieu y Rousseau. Por ejemplo, Jaucourt propone una igualdad pero no una igualdad absoluta, postura que concuerda con Rousseau, basta con recordar que en dicho contexto social existían esclavos y las mujeres no tenían derechos políticos.

"De quimera había calificado también Rousseau" (Terol, 2012: p. 43) a la igualdad absoluta, cuando la conceptualización al final previene de que pueda existir la

³La igualdad natural o moral se basa en la constitución de la naturaleza humana común a todos los hombres que nacen, crecen, sobreviven y mueren de la misma manera. (traducción del autor).

igualdad absoluta. En el caso de Jaucourt, dado que es una ilusión⁴ “Ni siquiera cabe duda de cuál era su fuente de inspiración cuando se refería que en el estado natural los hombres nacen desde luego en la igualdad...” (Terol, 2012: p. 43), ya que evidencia las mismas posturas de Rousseau y Montesquieu

La idea en común de los ilustrados era “... que todos ellos coincidían en aceptar que la igualdad era susceptible de predicarse tanto en el terreno de lo económico como de lo político...” (Terol, 2012: p. 54). Asimismo que se preocuparon de que cuestionaran sus propios fundamentos y la organización que plantaban para un Estado, en ejercicio de tal derecho de igualdad, lo que siempre les llevó a poner ejemplos retóricos de tal manera que se entienda el extremo. Sin embargo, no se desarrolló de forma concreta el rol del Estado, en función de lo que se denomina en la actualidad como la igualdad material.

En efecto, la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano fue promulgada el 26 de agosto de 1789 y reconoce en su primer artículo que “[l]os hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”.

Respecto de la igualdad en la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano, la profesora Monique Lions Signoret señala que “... este principio debe analizarse como una reivindicación hacia un ‘aplanamiento’ relativo y progresivo de las barreras sociales entre los hombres [...] en la desigualdad natural (Malignon, 1967)” (Lions, 1991: p. 152).

Como lo explica Alf. Ross, resulta evidente que dichas concepciones de la igualdad ilustrada “... puedan ser explicadas histórica e ideológicamente como una reacción contra un derecho anterior...” (Ross, 1997: p. 352).

⁴ Para entender lo absurdo de una igualdad absoluta se recomienda leer el cuento “Harrison Bergeron” del escritor estadounidense [Kurt Vonnegut](#).

Por otro lado, el profesor Javier Pérez Royo señala que “la igualdad ni es ni puede ser un derecho. El derecho a la igualdad sería contradictorio con la condición de individuo del ser humano” (2014: p. 212), toda vez que, cuando exigimos un derecho lo realizamos a título de nuestra individualidad y precisamente de esta es que nos diferenciamos de los otros (Pérez, 2014: p. 213). “La igualdad no es más que una técnica para la gestión de la diferencia” (Pérez, 2014: p. 214) entre las personas.

En concreto para explicar la convivencia humana se ha creado dos ficciones: la desigualdad (cuasinatural, traducción de las diferencias personales) y la igualdad (exclusivamente artificial) (Pérez, 2014: p. 215). Al respecto, precisa Pérez Royo:

“Ambas categorías son exactamente igual de ficticias. La desigualdad y la igualdad no existen. Cuando Aristóteles explicaba y justificaba la esclavitud partiendo de la desigualdad *natural* de los seres humanos y cuando Hobbes afirmaba que los individuos son iguales *por naturaleza*, estaban diciendo algo que es sencillamente falso. Naturalmente los individuos no son ni desiguales ni iguales. Son simplemente diferentes. La desigualdad y la igualdad no existen en la naturaleza. Son exclusivamente políticas” (2014: p. 215).

No obstante, Pérez Royo reflexiona que la ficción de la igualdad se basa en dos principios: a) dignidad humana, entendida como voluntad propia para actuar y como principio antropológico universal de caracteres particular y sustantivo (2014: p. 217-220); y, b) la voluntad general, designada en un ámbito de participación democrática, es decir, de ciudadanos que participan de la formación de la voluntad general y ejercen su derecho al sufragio (2014: p. 217-220).

Para Norberto Bobbio, antes de hablar de igualdad primero se debe responder dos interrogantes: i) ¿Igualdad en qué?; y, ii) ¿Igualdad entre quiénes? Teniendo como parámetro la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se responde las preguntas planteadas: en primer lugar, los seres humanos son iguales en dignidad y derechos fundamentales (iguales en ejercer las libertades reconocidas) (1993, p. 45-ss.); y en segundo lugar, los seres humanos son iguales entre todos, por encima de toda diferencia de sexo, raza, religión, etc. Son iguales respecto a los derechos fundamentales, convirtiéndose en el resultado de un proceso gradual de eliminación de discriminaciones históricas (1993, p. 45-ss.).

Gavara de Cara señala que la igualdad “actúa como el principal contrapeso y límite frente al abuso de la regla de la mayoría —interrelación entre la democracia y el principio de igualdad— al impedir que pueda tratarse de forma discriminatoria a cualquier grupo minoritario” (2005: p. 35).

Antes de explicar sus teorías, los economistas se basan en una organización política-jurídica del Estado y desarrollan filosofía política, que en buena cuenta viene a ser filosofía del derecho. Ellos también desarrollan el tema de la igualdad. Entre ellos tenemos a los siguientes:

Joseph Stiglitz, premio Nobel de Economía en el 2001, planteó una metáfora en lo relacionado a la igualdad: “[p]areciera que todos estábamos en el mismo barco; aunque algunos estuvieran, por el momento, viajando en primera clase, mientras que otros permanecían en la bodega” (2014: p. 67). Asimismo, considera que fuente de la desigualdad es debido a “... las políticas del gobierno, tanto por lo que hace el gobierno como por lo que no hace” (2014: p. 75).

En dicho libro intitulado *El precio de la desigualdad* también alerta a la población que existe la tendencia a que la brecha de la desigualdad se incremente y a que con el tiempo sea mucho más complicado que una familia de la clase D cambie a la clase B o A.

Del mismo modo, Amartya Sen, premio Nobel de Economía 1998, mencionó:

En el nivel práctico, la importancia de la pregunta, «igualdad ¿de qué?» nace de la diversidad real de los seres humanos, de tal forma que si se pide la igualdad en términos de una variable, resulta imposible, *de hecho* y no solo *teóricamente*, el buscar la igualdad en términos de otra. (1995: 9).

Además, el nobel precisó que el hombre posee características diferentes tanto internamente (rasgos físicos, edad, género, etc.) como externamente (propiedad de activos, la extracción social, etc.), lo que lo conlleva a exigir una igualdad relacional,

dado que se solicitará una igualdad en una determinada variable que ocasionará una desigualdad en otros aspectos, necesariamente (Sen, 1995: 9 - 12).

Ronald Dworkin, uno de los más representativos iusfilósofos de nuestros tiempos, escribió *Virtud soberana* en el que aborda con mucha profundidad la igualdad en el ámbito de la justicia distributiva, es decir, “cómo distribuir los bienes económicos y sociales materiales de forma correcta” (Santos, 2005: p. 132), vinculado con la relevancia de la igualdad como teoría de la justicia.

En efecto, Dworkin señala que la igualdad tiene dos exigencias: “i) con un derecho (*entitled*) a igual solicitud y respeto” (Santos, 2005: p. 126 - 132); y, “ii) bien como una exigencia de que los gobiernos traten a todos sus ciudadanos por igual (*equally*) en la distribución de algún recurso” (Santos, 2005: p. 126).

Finalmente, el filósofo Thomas Nagel, profesor de Filosofía y Derecho de la Universidad de New York, señaló que podemos distinguir claramente tres fuentes de discriminación: a) Discriminación: intencional de tipo tradicional, por motivos de raza, sexo, etnia, etc., b) Clase: discriminación por ventaja heredada ya sea por la posesión de recursos o por falta de igualdad de oportunidades; y, c) Talento: discriminación por la variación en las mismas habilidades naturales (Nagel, 2006: p. 13-14).

2.1.2 La igualdad en la dogmática jurídica

2.1.2.1 La igualdad en el derecho constitucional

En su libro *Teoría de los derechos fundamentales*, el profesor Robert Alexy realiza una primera clasificación sobre el derecho de igualdad:

a) El derecho general de igualdad: corresponde al enunciado normativo “todos somos iguales ante la Ley que se interpreta de dos maneras: i) igualdad en la

aplicación del derecho, órganos que aplican el derecho; y, ii) igualdad en la formulación del derecho legislador.

|

b) Los derechos especiales de igualdad: Por ejemplo, la igualdad de deberes cívicos, la igualdad entre los hijos extramatrimoniales y los hijos dentro del matrimonio, etc. (1993: p. 381). Sin que todas las posibilidades de discriminación puedan ser abarcadas por las normas especiales de igualdad (1993: p. 401).

Con relación a la igualdad en la formulación de derecho, Alexy evidencia que no puede ser exigida la igualdad absoluta de los ciudadanos, menos que todos sean tratados de la misma manera⁵ (1993: pp. 384-385), pero tampoco puede permitir toda diferenciación. Frente a ello, se realiza la referencia a la forma griega de igualdad: “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”, que se deriva en dos premisas: i) “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual” (1993: p. 395); y, ii) “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual” (1993: p. 397).

Según Alexy, los beneficios de dichas formulaciones de la interpretación de la forma clásica de igualdad es permitir un trato igual y también un trato desigual, con la precisión que “... exige un tratamiento igual y solo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas” (1993: p. 398).

Al solucionar ello, Alexy se pregunta si dicha fórmula clásica genera la obligación del Estado de una igualdad fáctica (1993: p. 402). Debido a que quien acepta una igualdad de hecho es por qué existe una desigualdad de *iure*. Si ambas se desprenden de una máxima superior de igualdad existiría una paradoja y esta se soluciona aceptando o renunciando totalmente a la igualdad de hecho o a la de *iure*

⁵Cfr. Alexy manifiesta ejemplos, entre ellos, que el legislador no podría establecer el servicio militar para niños, el legislador establece pena solo para delincuentes, no puede establecerla para todos, el legislador establece condecoraciones solo para ciudadanos distinguidos. En referencia al criterio diferenciador y competencial de la Ley (Cfr. Pág. 384.)

(1993: p. 404-405). Es menester señalar que prima la igualdad de *iure*, “como elemento del derecho constitucional vigente” (1993: p. 405).

En concreto, señala Alexy que:

“El principio de la igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un tratamiento desigual de *iure* que sirve para la creación de la igualdad de hecho solo si desplaza a todos los otros principios opuestos que estén en juego” (1993: p. 409).

La relevancia de la diferenciación sobre los conceptos de igualdad en la presente investigación (filosofía del derecho, dogmática jurídica y la igualdad como teoría de la justicia) cobra importancia con la precisión de Alexy: “[l]as cuestiones de distribución constituyen un objeto central de la polémica de los partidos que compiten por la mayoría en el parlamento” (1993: p. 411) y “... toda teoría de la igualdad fáctica es un programa para la distribución...” (1993: p. 411).

En ese sentido, la igualdad fáctica como un único tipo de justicia distributiva, no podría establecerse en una cláusula de igualdad constitucional por razones metodológicas y sistémico-constitucionales (1993: p. 411-413), habiéndose fijado una democracia y un poder previo para realizarlo, esto es, el Poder Legislativo.

Al respecto, Alexy precisa la asimetría entre la igualdad de *iure* y la igualdad de hecho. “A favor de la igualdad de *iure* existe una carga de argumentación, a favor de la igualdad de hecho, no” (1993: p. 412).

En la estructura de los derechos de igualdad como derechos subjetivos, Alexy señala que resultan tres manifestaciones del derecho a la igualdad:

a) Los derechos de igualdad definitivos abstractos. Aquí se desprenden dos derechos: i) igualdad de trato, cuando no exista ninguna razón suficiente para un trato desigual (omitir tratamientos desiguales por parte del Estado); y, ii) desigualdad de trato, cuando exista una razón suficiente para que esté ordenado un tratamiento

desigual (omitir determinados tratamientos iguales por parte del Estado), pudiéndose catalogar como derechos de defensa.

b) Los derechos de igualdad definitivos concretos. Son los derivados de omitir un tratamiento desigual, ya sea de forma negativa, positiva o como activa.

Y, por último, los derechos de igualdad abstractos, *prima facie*, son dos derechos: i) el derecho *prima facie* a la igualdad de *iure* (derecho a primera vista a la omisión de tratamiento desigual); y, ii) el derecho *prima facie* a la igualdad de hecho (derecho a primera vista a acciones positivas del Estado).

No obstante, precisa Alexy:

“Son posibles muchas otras diferenciaciones y presiones [...] es insuficiente interpretar [...] en el sentido de un derecho del status negativo; más bien, a esta disposición iusfundamental hay que adscribir un haz de derechos subjetivos de estructura sumamente diferente” (1993: p. 418).

Este “haz de derechos subjetivos” derivados de la igualdad ocasiona diversos tipos de criterios. Por ejemplo, el profesor Bernal Pulido señala que “la Corte Constitucional colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad” (s/f: p. 5) durante sus 25 años de vida y desarrolla en la actualidad un juicio de igualdad integrado, producto de la insatisfacción de utilizar el test de proporcionalidad en un primer momento y posteriormente ser insuficiente el examen de la Corte Suprema de los EE.UU. de los escrutinios.

En esa misma línea, en relación con los casos resueltos y relativos al derecho a la igualdad por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante, TCFA), el profesor Borowski precisa que “... la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal en el terreno de la igualdad existía mucho tiempo antes que los escritos científicos” (2013: p. 197).

En efecto, Borowski precisa que el examen de igualdad del TCFA ha transitado por tres tipos de examen: a) La fórmula de la arbitrariedad (fórmula Leibholz), consiste en declarar la violación del derecho a la igualdad cuando no se encuentra una causa razonable a favor de la diferenciación. b) La nueva fórmula o del destinatario de la norma, en el que su examen radica en determinar ha existido un trato discriminatorio entre grupos diferentes, pero a la vez destinatarios de una misma norma. En dicho examen se aplica el peso de las diferencias, el cual es diferente al examen de proporcionalidad. Y c) La nueva variante de la “nueva fórmula”.

Al respecto, Borowski precisa que “[e]ste sistema de tres niveles [...] plantea una amplia gama de preguntas, muchas de las cuales aún no han sido respondidas” (2013: p. 202). Por consiguiente, también se evidencia un déficit del examen de igualdad, incluso en el TFCA.

Asimismo, Borowski pone de manifiesto un problema del derecho a la igualdad con el test de proporcionalidad:

“Actualmente se discute si el examen de la igualdad debe emprenderse en algunos casos sin construir una relación medio-fin de este tipo, entre la igualdad jurídica y la razón para restringirla, y si más bien en esos casos se presenta una relación conceptual entre la igualdad jurídica y la razón para restringirla...” (2003: p. 205).

En ese sentido, por lo expresado por Robert Alexy, Carlos Bernal y Martin Borowski, el examen de igualdad aún es una tarea pendiente para las altas cortes de los Estados.

El profesor Javier Pérez Royo también ayuda a repensar de la cláusula constitucional, “todos somos iguales ante la ley”, rompiendo algunos mitos. En efecto, Pérez Royo se pregunta: ¿somos iguales ante la ley? No es verdad precisa, somos iguales ante la constitución, ya que es la voluntad general. Empero, la ley es diferenciadora, ya que, incluye un determinado grupo de destinatarios.

Alexy pone como ejemplo entre ellos que el legislador no podría establecer el servicio militar para niños, por lo tanto, todos no podríamos ser iguales ante la ley.

Laporta advierte que “[s]uele con frecuencia asociarse la igualdad con la generalidad de las normas [...] Se viene suponiendo usualmente que la generalidad de las normas consiste en que estas tengan por destinatario, no individuos particulares, sino clases de individuos...” (Laporta, 1985: p.3-31)

En ese sentido, la ley contempla las diferencias. Por ello tenemos las leyes de acuerdo con la competencia y a la especialidad. Pérez Royo precisa que “[u]na cosa es que la ley sea la misma para todos y otra muy distinta que todos seamos iguales ante la ley” (Pérez, 2014: p. 224). Lo primero es cumplir con la “forma lógica de una norma”, según Laporta, debido a que, toda norma se debe expresar: “‘Todo X (definido por la propiedad F) debe A’”. Como puede observarse, en esta fórmula de norma universal hay, entre otras, una cosa que desconocemos: cuántos individuos integran la clase de los X [...], la amplitud numérica de los X” (1985) es la generalidad.

En ese sentido, la igualdad constitucional reconoce la neutralidad legislativa. Las leyes no pueden ser iguales para todos, pero sí neutrales: regular el derecho a la diferencia sin tomar partido por nadie. Por eso, no se prohíbe la diferencia legislativa, sino no se podría promulgar ninguna ley (Pérez, 2014: p. 225-227).

Pérez Royo especifica la prohibición de la igualdad ante la ley es “... que tome partido ante el ejercicio de del derecho a la diferencia. De ahí que el contenido de la igualdad no sea otro que la prohibición de la discriminación” (2014: p. 225), es decir, si permite diferencias legislativas objetivas, razonables y proporcionales (2014: p. 227-228). Dicha “igualdad constitucional únicamente se dirige al legislador. Para los demás poderes del Estado la igualdad no opera directamente, sino a través de la Ley” (2014: p. 227). “El juicio de igualdad para el legislador es un juicio de constitucionalidad” (2014: p. 227).

“Para los poderes ejecutivo y judicial es un juicio de legalidad [...] prohíbe [...] que desvirtúen la diferenciación legislativa, transformándola en discriminación” (Pérez,

2014: p. 227). Con relación al poder ejecutivo que ejecuta el derecho, “[s]u actuación no es libre, pero sí discrecional” (2014: p. 228). “De ahí que la igualdad constitucional opere respecto de poder ejecutivo de manera derivada, a través del control del principio de legalidad de la potestad reglamentaria y de la acción administrativa por parte del poder judicial” (2014: p. 229).

Con relación al poder judicial, la igualdad constitucional exige que sea imparcial en la aplicación de la ley, con una adecuada motivación judicial (Pérez, 2014: p. 228-229). En buena cuenta, resulta una descripción y desarrollo de la igualdad constitucional con relación a los poderes estatales de cuáles son sus exigencias. Con la precisión que “... la igualdad constitucional no está presente en ninguna de ellas. Ni la ley, ni los reglamentos, ni los actos administrativos, ni las sentencias son expresión de la igualdad...” (2014: p. 234). En ese sentido, la igualdad es todo y nada a la vez (2014: p. 234).

“Sin la igualdad no hay derecho, ya que las diferencias personales solo pueden ser expresadas jurídicamente de forma generalizada y no excepcional a partir de la igualdad” (Pérez, 2014: p. 234).

Por otro lado, con relación a la igualdad constitucional como prohibición de discriminación, Owen Fiss señala la insuficiencia del principio antidiscriminatorio que responde mejor a las exigencias de la justicia relacionado a los grupos minoritarios (2003: p. 1).

Por ello, una segunda manera de entender la prohibición de no discriminación es como el principio de antisubordinación, entendido como contrario al sometimiento de un grupo por otro (Saba: 2008, p. 707). Roberto Saba señala que es una posición que también han compartido autores como Post, Siegel o Mackinnon (Saba, p. 139).

El último autor mencionado también lo denomina como el principio de no sometimiento o no exclusión (Saba, 2008, p. 707). Por ejemplo, legitimar las

acciones afirmativas dentro de un Estado es entender a la igualdad como el principio de no sometimiento, es decir, que se encuentra fundado en la identificación de ciertos grupos, a cuyos miembros se les reconoce tratos especiales que no les son reconocidos en otros grupos (Saba, p. 134).

2.1.2.2 La igualdad en el derecho internacional de los derechos humanos

El principio de la igualdad ante la ley y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (Corte IDH, O C N.º 18: párr. 101). Al respecto, el artículo 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados señala que el *jus cogens* "... es una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter"⁶.

La Corte IDH fundamenta su importancia en otorgarle la categoría del *jus cogens* al principio de igualdad. Esta categoría consiste en que "sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico" (Corte IDH, O C N.º 18: párr. 101).

No obstante, pese a que la igualdad aún es un jeroglífico en el ámbito de los derechos fundamentales; en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), la igualdad ya se encontraría resuelta, según la posición de la Corte IDH en su Opinión Consultiva N.º 18.

Empero, primero se debe resolver la siguiente pregunta: ¿qué significa que la igualdad sea una norma de *jus cogens*? Es decir, ¿qué hace que esta sea aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como una norma que no admita disposición en contrario?

Lo señalado por la Corte IDH consultiva y jurisprudencialmente, hace referencia en un primer extremo a que la vida jurídica nacional se fundamenta en el principio de

⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, artículo 53.

igualdad. Esto hace que sea viable la convivencia humana y podamos ejercer nuestras diferencias⁷, a nivel nacional, como presupuesto de la ficción del Derecho.

En el ámbito internacional, se refiere a la igualdad de los Estados como sujetos entre ellos del derecho internacional, para ratificar tratados soberanamente. Ambos criterios son para que se haga factible la vida en sociedad como gestión de diferencias⁸ y también en la vida de la comunidad internacional, sin exigir un derecho a la igualdad.

En ese sentido, tal extremo del principio de igualdad, que se fundamenta la necesidad de ser *jus cogens*, podría ser invocado únicamente ante la CIDH y la Corte IDH, en el supuesto negligente que un Estado decida eliminar de su constitución el principio de igualdad (“todos somos iguales ante la ley”). Esto ocurriría en el caso de que la igualdad ya ha sido aceptada y reconocida por una comunidad internacional de Estados. Solo así se activaría el dominio de *jus cogens* del principio de igualdad. Por tanto, el principio de igualdad goza del dominio de *jus cogens* en el extremo de principio rector para el nacimiento del derecho.

Sin embargo, se considera que es una argumentación forzada, ya que se sostiene que la categoría de *jus cogens* no se refiere al “... principio de igualdad ante la ley e igual protección ante la ley...” (Corte IDH, O. C. N.º 18: párr. 101). Pese a que la Corte IDH lo precisa, toda vez que, su naturaleza es tridimensional, como lo señala Pérez Luño, es plural relacional y comparativa. En ese extremo, la igualdad no podría tener la categoría de *jus cogens*.

Por otra parte, se postula que la igualdad referida a la prohibición de la discriminación del catálogo de categorías planteadas en el artículo 1.1 de la CADH,

⁷ Al respecto, revisar la posición del profesor Pérez Royo.

⁸“El ser humano en sus relaciones con los demás seres humanos deja de estar sometido ciegamente a reglas naturales, porque es capaz de sustituir dichas reglas puramente naturales por otras artificiales” (Pérez; 2014, p. 214).

sí gozaría de la categoría de *jus cogens*. En efecto, la Corte IDH precisa que “[h]oy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color,…” (Corte IDH, OC N° 18: párr. 101),

Por tanto, la igualdad como prohibición de discriminación en relación de las categorías prohibidas sería una norma que no admite disposición en contrario en su obligación de respeto o negativa, es decir, de no hacer. Este ámbito de protección debe considerarse como el núcleo duro inviolable de la estructura del derecho fundamental del principio de la igualdad, cuya obligación resulta a los poderes del Estado en relación con un acto.

Dentro de la igualdad referida a la prohibición de la discriminación en el resultado o en su obligación de garantía, se plantea que no habría un carácter de *jus cogens*, en el entendido que abordaría la naturaleza de su alternatividad para resolver la prohibición de discriminación como resultado. Tendría “n” maneras de resolver el problema, eligiendo de acuerdo a las posibilidades del Estado entre un menor o mayor gasto económico. Hay que precisar que sí se debe tener presente una exigencia de mínimos, dada la naturaleza de la CADH, el principio de subsidiariedad estatal y el principio *pro persona*.

En conclusión, se postula que el principio de igualdad *per se* no es una categoría de *jus cogens*, sino únicamente el principio de igualdad entendido como la prohibición de discriminación de categorías prohibidas, contempladas en el artículo 1.1 de la CADH.

En consecuencia, la Opinión Consultiva N.º 18 debe ser entendida en dos acepciones: a) los Estados deben respetar el principio de igualdad como principio rector presupuesto del derecho en general; y, b) los Estados deben respetar la prohibición de discriminación de las categorías establecidas en el artículo 1.1 de la CADH, ya que, son interpretaciones del enunciado de igualdad que no admite

disposición en contrario. Se debe tener presente que el carácter de las categorías prohibidas es de *numerus apertus* en la CADH.

Una vez clarificada la categoría del principio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte IDH, corresponde describir cuáles son las disposiciones que recogen el principio de igualdad en la CADH. Al respecto, en la CADH, encontramos el artículo 1.1 que contiene las obligaciones estatales de respeto y garantía de las libertades y los derechos convencionales, "... sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"⁹.

En ese sentido, el artículo 1.1 se refiere a la igualdad en su vertiente de prohibición de discriminación que debe ser respetada y garantizada por el Estado. Más adelante, se describirá cómo la jurisprudencia de la Corte IDH ha denominado a dicho artículo 1.1 como la cláusula subordinada de igualdad.

Asimismo, en el artículo 24 de la CADH se reconoce que "todas las personas son iguales ante la ley". En consecuencia, ellas tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"¹⁰, el mismo que ha sido entendido como "igualdad como prohibición del trato arbitrario" (Gonzales y Parra: p. 136). Es menester señalar que a *contrario sensu* si un trato diferente se encuentra justificado sería una diferenciación válida.

En ese sentido, se cuestiona el modo tradicional de haber separado dichos artículos que hacen mención a la igualdad, ya que solo ha ocasionado una confusión para abordar los casos relacionados con la igualdad, y relativizar ambos artículos. Por tanto, se le ha dedicado todo el capítulo V, para desarrollar los argumentos pertinentes *in extenso*,

⁹Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.1.

¹⁰Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24.

A diferencia del derecho constitucional, en el DIDH, la idea de discriminación se ha desarrollado en relación con los grupos en desventaja (Gonzales y Parra: p. 134-135). En ese sentido, dada la importancia de la igualdad como prohibición de discriminación en el DIDH, resulta relevante conocer su tratamiento, concepto y tipos.

2.1.2.2.1 La igualdad como prohibición de discriminación

La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en Guatemala el 5 de junio de 2013, en su capítulo I, de definiciones, señala:

“Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados partes”.

La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (adoptada el 6 julio de 1999), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés, y adoptada el 18 de diciembre de 1979) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (adoptada el 21 de diciembre de 1965) utilizan al término discriminación, como protección de los grupos desventajados.

El motivo por el que tenemos tantas convenciones antidiscriminatorias previas a la del 5 de junio de 2013 se debe a la concepción de que las categorías prohibidas de discriminación eran excluyentes (disyuntivas), por tanto, se podrían discriminar o por su raza o por su género o por su etnia. No obstante, se ha desarrollado el concepto de discriminación interseccional, en la que las categorías prohibidas de discriminación pueden ser incluyentes.

Las categorías prohibidas de discriminación contempladas en la CADH son de naturaleza abierta o de *numerus apertus*, por cómo se encuentran redactadas. También pueden ser por la interpretación evolutiva (Corte IDH, caso Artavia: párr. 173), que está relacionada a los tratados sobre derechos humanos. La Corte IDH ha

tenido la oportunidad de agregar a las categorías prohibidas de discriminación los casos de orientación sexual y la identidad de género (caso Karen Atala), de personas con discapacidad (caso Artavia contra Costa Rica) o de las personas portadoras del VIH (caso Lluy contra Ecuador).

En efecto, la honorable Corte IDH reconoce que los criterios específicos en virtud de los que está prohibido discriminar son meramente enunciativos. Son “otra condición social” se utiliza para incorporar otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas (caso Atala Riffo: párr. 85).

En ese sentido, en contra toda forma de discriminación e intolerancia, la nueva CIDH, establece en su artículo 1.1 nuevas categorías de las que no puede estar basada un dictamen: a) motivos de identidad, b) expresión de género, c) nivel de educación, d) condición migratoria, e) condición de refugiado, f) condición repatriado, g) apátrida, f) desplazado interno, g) discapacidad, h) característica genética, i) condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, j) condición psíquica incapacitante.

2.1.2.2.1.1 ¿Cuáles son los criterios para incorporar otras categorías en “otra condición social” considerada como *numerus apertus*?

En definitiva, la lógica de contemplar en la CADH dentro de un catálogo de prohibiciones de discriminación a “cualquier otra condición social” fue aceptar que, desde noviembre 1969 en adelante, podrían surgir nuevas categorías en las sociedades que limitarían las libertades y derechos humanos de las personas.

En ese sentido, es necesaria la pregunta: ¿Qué requisitos deben cumplir para considerarse como categorías sospechosas?

En primer lugar, cualquier categoría descrita anteriormente se podría utilizar para realizar un trato arbitrario que no se encuentre justificado, o contemplado o no en el artículo 1.1.

Sin embargo, el catálogo desarrollado en el artículo 1.1 obedece a "... que es prácticamente imposible encontrar algún caso en el que la categoría podría justificar un trato diferente en virtud del principio de razonabilidad" (Saba, 2008, p. 698). Es decir, "... es muy difícil imaginar que el sexo, la nacionalidad [...] puedan ser categorías que resulten funcionales a algún tipo de propósito estatal" (Saba, 2008, p. 699). Incluso la Corte IDH señala que "[n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas" (O. C. N.º 04: párr. 57).

Es decir, la taxatividad de las categorías prohibidas de discriminación del artículo 1.1 obedece a la razonabilidad, explicada en el párrafo anterior. No obstante, colocadas *a priori* resultan de efecto "... 'Simétricas' en el sentido de que se aplican, por ejemplo, en el caso del sexo, tanto a varones como a mujeres; o a negros, blancos u otros grupos en el caso de la raza" (Saba, 2008: p. 729).

"Aquí reside [...] la principal confusión respecto de lo que hace sospechas a las categorías sospechosas" (Saba, 2008, p. 730). Por lo tanto, para poder incorporar nuevas categorías en el artículo 1.1, no basta que cumplan el criterio de razonabilidad, sino también el no sometimiento de grupos históricamente discriminados o grupos vulnerables. En ese sentido, resulta importante identificar nuevas categorías sospechosas que se desprendan del artículo 1.1 de la CADH.

En el ámbito constitucional, el profesor Omar Sar, precisa que "[d]eterminar si un criterio se encuentra comprendido en este ámbito resulta claramente relevante ya que cuando una norma legal introduce diferenciaciones que los involucra se debilita su presunción de constitucionalidad" (2014 a: p. 34). Esto hace referencia al artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú que señala dentro de los criterios de prohibición de discriminación a "condiciones de cualquier otro índole", como cláusula de *numerus apertus*.

Por su parte, Roberto Saba expresa que:

“La persona afectada, asimétricamente, tiene la prerrogativa de no tener que argumentar que ha sido afectado su derecho constitucional a la igualdad de trato ante la ley, pues en el caso de tratos diferentes fundados en categorías sospechosas, se presume que la afectación existió por el solo recurso a un criterio de esas características” (2008: p. 696).

En consecuencia, se advierte que las categorías sospechosas generan grupos vulnerables y se fundamentan en lo siguiente: a) el no sometimiento de grupos de personas históricamente discriminados, sojuzgados, no integrados o aislados de la sociedad, b) existencia social independiente (Fiss, s/f: p. 145), c) condición de interdependencia (Fiss, s/f: p. 145), d) poder político limitado (Fiss, s/f: p. 144); y, e) subordinación prolongada (Fiss, s/f: p. 145).

Las categorías tienen un objetivo de protección al determinarse como sospechosa, toda vez que, i) identifica un grupo vulnerable, ii) exige acciones especiales de protección a los Estados, iii) invierte la carga de la prueba en caso de una presunta discriminación; y, iv) en el caso de ser una ley, se presume su inconstitucionalidad o inconvencionalidad.

En conclusión, existen los grupos artificiales que puede formar cualquier determinado criterio para formar un grupo de personas. Por ejemplo, la profesión, los ingenieros, los jugadores de Pokemon Go, etc. Todos ellos sin una obligación especial del Estado, más que la prohibición de un trato arbitrario injustificado. Los grupos vulnerables que requieren una acción de especial protección para “... dejar de ser segregados y excluidos” (Saba, 2008: p. 722).

2.1.2.2.1.2 Tipos de discriminación

De la propia definición planteada de discriminación se puede establecer *prima facie* dos grandes tipos de clasificación, entre ellos, la prohibición de discriminación por objetivo, en relación con el acto. Hay que precisar que aquella prohibición se encuentra relacionada con la obligación estatal de respeto y la prohibición de

discriminación por el efecto o por resultado. Aquella prohibición se encuentra relacionada con la obligación estatal de garantía.

2.1.2.2.1.2.1 Discriminación directa

Se encuentra dentro de la prohibición de discriminación por objeto. El acto resultaría abiertamente discriminatorio al anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales. En efecto, la discriminación es directa cuando las normas jurídicas, las políticas o los actos del Estado excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente en razón de una categoría prohibida de discriminación (STC, N.º 05652-2007, párr. 44).

Por ejemplo, los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores de cierta edad, de determinado color de piel o de compleción física es una forma de discriminación directa (STC, N.º 05652-2007, párr. 44), cuando el Estado no haya adoptado ninguna medida.

Al respecto, la Corte IDH precisa que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas directa o indirectamente a crear situaciones de discriminación de jure o de facto (caso Atala Riffo: párr. 80). Por otra parte, debe entenderse que la directa se refiere a la discriminación de *iure* y la indirecta como discriminación de facto.

2.1.2.2.1.2.2 Discriminación indirecta

Para conceptualizar dicha discriminación, debemos referirnos a la nueva convención sobre la discriminación e intolerancia, la que señala:

“... que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga

un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos¹¹.

En estos casos, la discriminación es un ejemplo clarificador en el resultado. Se encontraba en los reglamentos de formación de las Fuerzas Armadas que prohibía que los cadetes en formación (hombres y mujeres) puedan tener o procrear hijos. Dicha prohibición en el objeto o en el acto cumplía con la igualdad al ser sancionada para los cadetes en formación tanto a los hombres como a las mujeres.

No obstante, en el resultado, es decir, en la práctica detectar a un cadete varón para iniciar un procedimiento disciplinario sancionador por la causal de procrear hijos en su proceso de formación era cuasi imposible, a diferencia de las cadetes mujeres debido a el embarazo que era visible físicamente para ellas.

2.1.2.2.1.2.2.1 Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica

Al prohibir el Estado de Costa Rica la reproducción asistida mediante fecundación *in vitro*, según la sentencia de la Corte Suprema del mencionado país, generó por el objeto una prohibición por igual, tanto a hombres y mujeres. La Corte IDH advirtió una discriminación indirecta por parte del Estado de Costa Rica, según los siguientes fundamentos.

En primer lugar, la Corte IDH determinó a la infertilidad como una forma de discapacidad, basada en los pronunciamientos de la Organización Mundial de la Salud. Por lo que las personas debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva (caso Artavia: párr. 293).

Además, se estableció que el Estado de Costa Rica, al prohibir la reproducción asistida mediante fecundación *in vitro* según sentencia, generó una discriminación indirecta en relación con el género. Esta paralización afecta de manera

¹¹Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, adoptado en: La Antigua, Guatemala, miércoles 5 de junio de 2013, artículo 1.2.

desproporcionada al varón, pues le es más difícil iniciar una nueva relación a diferencia de la mujer, ya que para ellas no es necesario para tal producción asistida tener una pareja (Corte IDH, caso Artavia: párr. 302).

Finalmente, también se descubrió una discriminación indirecta en relación con la situación económica. La prohibición de la fecundación *in vitro* tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la fecundación *in vitro* en el extranjero (Corte IDH, caso Artavia: párr. 303).

2.1.2.2.1.2.2.2 Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana

En este caso, se analizó si República Dominicana había vulnerado derechos humanos de treinta migrantes haitianos a través de los agentes militares. También se analizó la falta de investigación de los hechos en el fuero ordinario. La Corte IDH precisó que la política migratoria de República Dominicana contra los haitianos se encontraba "... reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación [...] produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables (Corte IDH, caso Nadege: párr. 235).

En consecuencia, "... la situación de especial vulnerabilidad de los migrantes haitianos se debió [...] i) la falta de medidas preventivas para enfrentar [...] el control migratorio en la frontera terrestre con Haití..." (Corte IDH, caso Nadege: párr. 237).

En ese sentido, en los casos Artavia y Nadege se descubrió una discriminación por resultado o escondida que *prima facie* no se advierte.

2.1.2.2.1.2.3 Discriminación positiva o inversa

No es una discriminación propiamente dicha. A través de la legislación u otras medidas especiales, pretende establecer una igualdad fáctica al aceptar una

desigualdad jurídica para equiparar en los hechos, principalmente en los grupos vulnerables que históricamente han sido discriminados.

Una exigencia positivizada de trato especial incipiente lo encontramos en el artículo 27¹² del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) de 1966. En él se establece un respeto de trato, de acuerdo a las peculiaridades de las personas que pertenezcan a otras minorías.

Por su parte, en el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), se ordena medidas especiales por parte del Estado a favor de los niños¹³.

Asimismo, más adelante, en 1988, en la Recomendación General N.º 05 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se invita al uso de medidas especiales de carácter temporal. Entre ellas: a) la acción positiva, b) el trato preferencial; y, c) los sistemas de cupos. Todos ellos con la finalidad que las mujeres se encuentren presentes en la educación, la economía, la política y el empleo¹⁴.

En 1989, la Observación General N.º 18 del Comité de Derechos Humanos reconoce que en ciertos casos se les exige expresamente a los Estados partes que tomen medidas para garantizar la igualdad de derechos de las personas de que se trate¹⁵.

¹²PIDCP, artículo 27: En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

¹³PIDESC, artículo 10.3: Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

¹⁴Cfr. Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm> (consultado el: 13 de julio de 2016).

¹⁵Observación General N.º. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr. 5.

En relación con los niños privados de la libertad, se “... debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño (Corte IDH, caso Hermanos Landaeta: párr. 182).

La situación de debilidad puede ser producida por desigualdades históricas, sociales, culturales, físicas o económicas. La Corte Constitucional de Colombia añade que el objetivo del Estado es garantizar los derechos de los niños de manera efectiva.

En el caso peruano, se establece que, en determinadas oportunidades, el Estado promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables (STC, 00033-2007: f. 58). Dado que, “... persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado” (STC, 00033-2007: f. 58). Tal es el caso de la ley de cuotas de género, para las mujeres en la participación política del Estado, puntaje adicional en concursos laborales a favor de personas con discapacidad, entre otros.

En este tipo de discriminación positiva, se observó de forma evidente una discriminación por resultado. Por lo que se exigió del Estado acciones positivas con la finalidad de buscar la igualdad en los hechos.

2.1.2.2.1.2.4 Discriminación múltiple o discriminación interseccional

La discriminación múltiple o agravada es sinónimo de discriminación interseccional, con fines didácticos. Se tiene en consideración que la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia no realiza una diferencia. En dicha convención se establece que el tipo de discriminación múltiple es motivo de agravante¹⁶, es decir, los actos que producen una discriminación múltiple.

¹⁶Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en Guatemala, el 5 de junio de 2013, artículo 11. “*Los Estados partes se comprometen a considerar como agravantes aquellos actos que conlleven una discriminación múltiple o actos de intolerancia, es decir,*

Al respecto, se señala que, “es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1”¹⁷ ¹⁸. “U otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad [...] en cualquier ámbito de la vida pública o privada”¹⁹.

En sentido estricto, una discriminación interseccional “... es la que evoca una situación en la que diversos factores de discriminación interactúan simultáneamente, produciendo una forma específica de discriminación” (Rey: p. 190). No obstante, la discriminación múltiple “...se produce cuando una persona es discriminada (tratada de modo distinto y peor que otra) por diferentes factores (raza, género, etc.) en diversos momentos” (Rey: p. 189).

Sin embargo, en el derecho internacional de los derechos humanos no se ha validado dicha diferencia y se han tomado como sinónimos tanto la discriminación múltiple como interseccional. A continuación, se presentan unos ejemplos:

cuando cualquier distinción, exclusión o restricción se base en dos o más de los criterios enunciados en los artículos 1.1 y 1.3 de esta Convención”.

¹⁷Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. Artículo 1.1: *La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.*

¹⁸Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en Guatemala, el 5 de junio de 2013, artículo 1.3.

¹⁹Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en Guatemala, el 5 de junio de 2013, artículo 1.3.

Ejemplos de discriminación interseccional²⁰		
Forma particular de sufrir discriminación, cuando confluyen los factores de discriminación. (D. Múltiple)	Un factor o más de discriminación	Un factor de discriminación
Mujer gitana (para recibir pensiones)	Mujeres no gitanas (género)	Varones gitanos (etnia)
Mujer con discapacidad (para esterilizaciones forzadas)	Mujeres no discapacitadas (género)	Varones discapacitados (discapacidad)
Mujer homosexual (por el tema del machismo)	Mujer heterosexual (género)	Hombre homosexual (orientación sexual)
Niño de bajos recursos económicos (por el proyecto de vida)	Niño de familia acomodada (menor de edad)	Adulto de bajos recursos (condición económica)
Mujer transgénero (ser una mujer con pene en una sociedad binaria)	Mujer no transexual (género)	Hombre transgénero (identidad de género)
Mujer transgénero afrodescendiente	Mujer transgénero (género + identidad de género)	Hombre afrodescendiente (raza)

El efecto práctico de visibilizar la discriminación interseccional lo describe el Comité de Derechos Humanos, en el que se precisa que “[e]sos recursos deben adaptarse

²⁰El cuadro se ha elaborado con la finalidad de presentar de forma didáctica ejemplos de casos donde confluyen dos categorías prohibidas de discriminación.

de manera adecuada para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas...'²¹.

2.1.2.2.1.2.4.1 TEDH: Caso Beauty Solomon

Una sentencia paradigmática en el tipo de discriminación múltiple, es el caso Beauty Solomon contra España. Beauty era una prostituta de rasgos afrodescendientes, que fue agredida por agentes policiales cuando ejercía el meretricio. Si bien los hechos fueron investigados, no se tuvo en cuenta la especial condición de Beauty (TEDH, Caso B.S.: f. 70 - 71).

Además, los insultos de los policías fueron sexistas y únicamente por su condición de afrodescendiente. Al igual que ella, en el lugar de la intervención, se encontraban otras mujeres que ejercían la prostitución pero con el fenotipo europeo, por lo que no recibieron ninguna intervención ni insultos por parte de los policías.

En ese sentido, el TEDH precisa que "... las decisiones dictadas por los Órganos Jurisdiccionales internos, no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución" (TEDH, Caso B.S.: f. 71).

Por otro lado, en distintas oportunidades, la Corte IDH ha realizado una referencia precisando la vulnerabilidad de la víctima, en la que los Estados deben guardar un deber de acción positiva.

En este tipo de discriminación interseccional, se observó de forma evidente una discriminación por resultado, en el que se exige que la convergencia de dos o más categorías prohibidas de discriminación coincidan y creen una especial forma de

²¹Comité de los Derechos Humanos, Observación General N. ° 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 15.

discriminación más agravada, la que exige del Estado acciones positivas con la finalidad de buscar la igualdad en los hechos.

2.1.2.2.1.2.5 Discriminación estructural

La discriminación estructural consiste en una desigualdad de trato que no se funda en la arbitrariedad o el prejuicio sino que es la consecuencia de situaciones a la que se encuentran sometidos algunos grupos de nuestra sociedad históricamente (Saba, 2004: p. 482-485).

En esa misma línea, cuando la Corte IDH realizó reparaciones transformadoras (es decir, garantías de no repetición) dentro de una sociedad con fines reparatorios y correctivos, tuvo como presupuesto la existencia de una discriminación estructural (Corte IDH, caso Campo Algodonero: párr. 450). En el caso en concreto buscó combatir los estereotipos de género contra las mujeres. Posteriormente, la Corte IDH utilizó dicho término con la finalidad de erradicar la discriminación histórica y estructural que las minorías sexuales sufren²², reconociendo así la situación de la población LGTBI²³.

Asimismo, la Corte IDH ha protegido a la comunidad de las personas con VIH que han sido "... históricamente discriminadas debido a las diferentes creencias sociales y culturales que han creado un estigma alrededor de la enfermedad" (Corte IDH, caso Gonzales Lluy: párr. 236).

Hay que destacar que Pelletier Quiñones ha elaborado un test de discriminación estructural que consiste en lo siguiente: a) la existencia de un grupo afectado con características comunes; b) que sea vulnerable; c) que la discriminación tenga como causa un contexto histórico, socioeconómico y cultural; d) que existan patrones

²²Revisar los casos de la Corte IDH: caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párr. 92; caso Duque vs. Colombia. párr. 123.

²³Revisar de la Corte IDH: caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párr. 267.

sistemáticos de discriminación; y e) que la norma cree una situación de desventaja irrazonable al grupo (2014: p. 205-215).

2.1.2.2.1.2.6 Discriminación por percepción

Una discriminación puede ser real o percibida, es decir, que la persona sin pertenecer a un grupo vulnerable en concreto, sea comprendida en dicho grupo. Al respecto, la Corte IDH ha bosquejado: “[e]s posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima” (Caso Flor Freire: párr. 120).

En ese sentido, no es relevante que la persona pertenezca o no, a una categoría sospechosa, dado que, en la práctica, la percepción relacionada con los estereotipos de un determinado grupo vulnerable ocasiona la discriminación. “Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre” (Caso Flor Freire: párr. 120).

En el 2009, también la Corte IDH pudo determinar que era “... posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima” (Caso Ríos y otros vs. Venezuela, párr. 349).

Por tanto, en dicho caso, al grupo de personas de RCTV las catalogaron como opositoras al régimen, dentro de “opiniones políticas” (Caso Ríos y otros vs. Venezuela: párr. 349). Sin embargo, el examen que se realizó, pese a ser una categoría sospechosa, no fue como el que se realizó en el caso Flor Feire.

2.1.3 La igualdad en la teoría de justicia

El filósofo G. W. Leibniz señalaba que: “Es el principio de equidad o, lo que es lo mismo, de igualdad, el que exige que se conceda a otro lo que uno pretendería en el

caso de estar en parecidas circunstancias...” (2001: p. 93). Además, precisa que en todo caso la diferenciación debe ser racional, “... o poder alegar la voluntad propia como razón” (2001: p. 93).

En relación con la equidad, Kant precisa:

“El lema (*dictum*) de la equidad, es, pues: “El derecho muy estricto es una injusticia muy grande” (*Summum jus summa injuria*). Pero este mal no puede corregirse por medio del derecho, por más que se refiere a una cuestión de derecho, porque la reclamación que se funda en la equidad no tiene fuerza más que en el tribunal de conciencia (*fórum coeali*), al paso que la cuestión de derecho se discute en el tribunal civil (*fórum soli s. civile*)” (Kant, s/f: p. 61).

John Rawls tiene un libro en el que desarrolla la idea de justicia como equidad. En él explica la igualdad como parte del desarrollo de la justicia, fundamentándose en dos principios, y la misma igualdad como parte de un ideal social, en un sentido amplio (2013: p. 79).

Los dos principios que desarrolla Rawls son: “a) cada persona que participa en una práctica, o que se ve afectada por ella, tiene un igual derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos” (2013: p. 79); y, b) “las desigualdades son arbitrarias a no ser que pueda razonablemente esperarse que redundaran en provecho de todos siempre que las posiciones [...] sean accesibles a todos” (2013: p. 79).

Dworkin se pregunta lo siguiente en su libro *Virtud soberana*: ¿cuál de los planes de igualdad distributiva trata a las personas como iguales? (2003: p. 21-22). Así tenemos:

a) Igualdad utilitarista, basada en el “... concepto utilitarista de bondad aplicado a problemas de distribución” (Sen, 1988: p. 136).

b) Igualdad del total de utilidad (bienestarismo) o también denominado por Dworkin igualdad de satisfacción, relacionado con el “... nivel de utilidad de la persona menos favorecida de aquel Estado” (Sen, 1988: p. 141).

c) Igualdad de bienes primarios sociales (teoría de Rawls). “Estos son 'cosas que se supone que quiere todo hombre racional” e incluye “derechos, libertades,... oportunidades, ingresos y riqueza...” (Sen, 1988: p. 148).

d) Igualdad de recursos. Se refiere “... a la igualdad en los recursos que los individuos poseen de forma privada” (Dworkin, 2003: p. 75).

e) Igualdad de capacidades básicas. Se entiende como “el que una persona sea capaz ciertas cosas básicas” (Sen, 1988: p. 152).

Con buena precisión apunta Gustavo Zagrebelsky a que el criterio de razonabilidad ya no es un criterio subjetivo del jurista sino un criterio objetivo del derecho. Su operacionalización del órgano jurisdiccional se evidencia en dos momentos: cuando se identifica todos los principios aplicados a un caso en concreto (la categorización de los casos a la luz de los principios) y cuando se identifica e individualiza la regla aplicable al caso (búsqueda de la regla aplicable al caso). Así se podría hablar de una aplicación razonable del derecho (Zagrebelsky, 2008: p. 147-148).

En la presente investigación se pretende cuestionar la metodología de la argumentación racional para abordar el derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la CIDH. Según la división que realizan en función de los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica, son las siguientes: a) justificación interna: “reglas y formas que conforman la estructura formal de la fundamentación jurídica” (Alexy, 2016: p. 315), es decir, “... la derivación lógica del resultado argumentativo de las premisas que conforman su antecedente” (Portocarrero, s/f, p. 253); y, b) justificación externa: “... la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna” (Portocarrero, s/f, p. 254).

En ese sentido, como Zagrebelsky precisa: “esto debe llevar a reconocer que el necesario carácter razonable o arbitrario de la ley [...], introduce inevitablemente un

elemento de equidad en la vida del derecho” (2008: p. 148). Lo que se visibilizará en la justificación externa de la argumentación jurídica, dentro de una decisión de la CIDH.

Y con relación a la justificación interna, esta obedecería a un juicio de racionalidad y no desde una perspectiva razonable, en consecuencia equitativa, debido a que: “... la idea de igualdad se esfuma, para ser reemplazada por una referencia a lo que se considera “justo”, según una opinión subjetiva y emocional” (Ross, 1997: 353). Se examinará el juicio de igualdad utilizado por la Corte IDH, como método de la argumentación para abordar los problemas de igualdad conocidos por dicho tribunal –análisis racional–.

Por tanto, se observa que anteriormente se diferenciaba la jurisdicción de derecho, (visión positivista del derecho solo con la ley) frente a la jurisdicción de la equidad. Para ello se tenía en cuenta los principios constitucionales y la justicia, sin exigir una aplicación mecánica y pasiva de la ley (Zagrebelsky, 2008: p. 148), lo que presupone una justificación interna y externa. Esta explicación describe la igualdad formal (igualdad de *iure*) y la igualdad material (igualdad en los hechos) para una teoría de la justicia, desde la equidad como noción “no iusnaturalista” (Zagrebelsky, 2008: p. 148), dado que se justifica a través de la razonabilidad objetiva en un Estado constitucional.

2.2 Definiciones conceptuales

2.2.1 La igualdad como valor

Se “... erigen en límite autónomo del derecho objetivo” (Garrido, 2009: p. 57). Está comprendido como valor superior diferente que el principio de igualdad y que derecho fundamental. Es decir, “... es uno de los componentes del contexto axiológico que fundamenta la interpretación de todo el ordenamiento jurídico” (Garrido, 2009: p. 57).

2.2.2 El principio de igualdad

“La igualdad como principio tiene una dimensión de mayor concreción que la igualdad como valor [...]. Como principio se desdobra en la igualdad formal y en la material” (Garrido, 2009: p. 69).

2.2.3 El derecho de igualdad

Al respecto, citando a Dreier, Alexy señala “la interpretación de la máxima de igualdad que uno elija depende de la filosofía del derecho y del Estado que uno posea” (1993: 407). En otras palabras, como concepto práctico:

“... se entiende como “un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, y que para introducir diferencia entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”...” (Garrido, 2009: p. 73, 74).

2.2.4 *Tertium comparationis*

El término de comparación: “... hace referencia a la obligación de determinar el objeto de comparación que permita concretar la diferenciación” (Gavara, 2005: p. 67). El profesor Juan Carlos Gavara sostiene que se debe exigir un término de comparación válido tanto para examinar la igualdad en la ley como para la igualdad ante la ley.

Para la aplicación a la igualdad en la ley se exige lo siguiente:

a) Concordancia con el supuesto de hecho, dado que, “... se debe rechazar como criterio de determinación del término de comparación en el principio de igualdad en la ley a la mera identificación fáctica de las personas, situaciones o cosas, ya que no se trata de un criterio idóneo...” (Gavara, 2005: p. 85). En concreto son distintas y solo coinciden en una variable.

b) Debe existir un aspecto temporal y espacial diferente para ser comparado (Gavara, 2005: p. 86).

c) El examen de homogeneidad que "... implica examinar la corrección de la fundamentación de la introducción del factor diferencial o de los elementos de diferenciación" (Gavara, 2005: p. 87).

El término de comparación para la igualdad en aplicación de la ley se refiere al ámbito judicial y administrativo principalmente donde se debe exigir lo siguiente: a) un término de comparación válido, entendido, como legal, toda vez que:

"... las interpretaciones jurídicas que producen ilegalidades son consideradas como errores en la aplicación del Derecho sin que en ningún caso sea admisible [...] la igualdad [...] de criterios alejados de la estricta legalidad (STC 62/1987, f. 5)" (Gavara, 2005: p. 126).

También se exige: b) "... cuando los actos y resoluciones provengan de órganos que ejerzan la misma función, ya sea judicial o administrativa (ATC 234/1983, f. 2)" (Gavara, 2005: p. 127).

Además, como tercera exigencia para el término de comparación en la igualdad en la aplicación de la ley, tenemos: c) Identidad de criterio por una misma autoridad.

2.2.5 Discriminación

Si bien existe un concepto completo de discriminación en el DIDH, hay que destacar que en el ámbito constitucional es equiparado al trato arbitrario: "... la discriminación no se equipara a cualquier trato desigual sino a una desigualdad que toma como base un criterio no razonable e incluso prejuicioso y estigmatizador" (K. Pérez, 2005: p. 109).

2.2.6 Juicio de igualdad

Para determinar si un acto es discriminatorio se utiliza:

“(1) un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; (2) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y (3) un original “juicio integrado de igualdad”, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas” (Bernal, s/f, p. 5).

2.2.7 Justificación interna

Se ubica dentro de las decisiones judiciales, en el aspecto procedimental, lógico, racional para llegar a una conclusión válida. En concreto, los que se utiliza hasta la actualidad son la subsunción y la ponderación. Al respecto, el profesor Portocarrero señala: “La justificación interna de la subsunción se refiere a la estructura del silogismo jurídico, es decir, al proceso de deducción lógica del enunciado conclusivo a partir de la premisa mayor y la premisa menor” (2016: p. 72). Del mismo modo, en relación con la ponderación precisa que “se basa en la estructura del método específico para la valoración de principios, es decir, en la fórmula del peso” (2016: p. 72).

En el caso peruano, la institución pionera en aplicar dichas exigencias es el Consejo Nacional de la Magistratura, encargado de evaluar a los jueces, fiscales de todos los niveles, jefe de Onpe y jefe de Reniec. Fue exigida a través del precedente administrativo en los procesos de ratificación, en específico, en el caso Hugo Villasis Rojas, N.º 120-2014-PCNM, del 28 de mayo de 2014.

2.2.8 Justificación externa

Se ubica dentro de las decisiones judiciales, en el aspecto material de justificar su decisión y del por qué se emplearon las premisas iniciales (justificación interna) para la conclusión. En el ámbito de la subsunción, se señala que “... recurre a cuatro parámetros interpretativos: los cánones clásicos de interpretación y a la valoración de las premisas empíricas o fácticas, criterios jurisprudenciales vinculantes y criterios provenientes del discurso práctico general” (Portocarrero, 2016: p. 72).

Asimismo, con relación a la ponderación:

“... se basa en los argumentos que justifican el peso de los principios en colisión. Estos argumentos se basan en cánones específicos de interpretación constitucional,

valoración de las premisas empíricas que subyacen a los principios contrapuestos, criterios jurisprudenciales vinculantes y criterios provenientes del discurso práctico general” (Portocarrero, 2016: p. 72).

En el caso peruano, la justificación externa está asociada a lo tradicionalmente denominado la debida motivación, desarrollado a través del Tribunal Constitucional en el caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilares, Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC, pero que sin embargo, resulta incompleta por carecer de justificación interna.

2.2.9 *Jus cogens*²⁴ o derecho imperativo

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en su artículo 53, establece que: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración. Esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”.

Asimismo, precisa que “... es una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Premisas desarrolladas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

²⁴Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 53.

CAPÍTULO III: HIPÓTESIS Y VARIABLES

3.1 Hipótesis principal

Es conveniente reformar el examen de igualdad para la resolución de los casos contenciosos de la Corte IDH.

3.2 Hipótesis secundarias

La Corte IDH no utiliza un solo criterio evaluativo para determinar si un acto es discriminatorio.

Son limitaciones que puede generar la incorrecta aplicación del derecho a la igualdad ante la Ley: a) imperceptibles formas de discriminar, b) desproteger el artículo 24 de la CADH; y, c) la relativización de la cláusula autónoma y la cláusula subordinada de igualdad.

Es viable utilizar la doctrina del *tertium comparationis* en el examen de igualdad.

Sí existen otras formas de evaluar el derecho de igualdad: a) Juicio del escrutinio débil, b) Juicio de escrutinio intermedio, c) Juicio de escrutinio estricto, d) Juicio de razonabilidad, e) Juicio de proporcionalidad, f) Test de razonabilidad, g) Juicio integrado de igualdad. El método más completo para evaluar es el desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia.

CAPITULO IV: DISEÑO METODOLÓGICO

4.1 Diseño de la investigación

La investigación es de carácter teórico-fundamental al analizar y describir cómo se expresa en su contexto natural el problema jurídico planteado para proponer nuevas reglas.

4.1.1 Nivel de investigación

La investigación es exploratoria, debido a que no ha sido abordado el tema central de la investigación anteriormente.

La investigación es descriptiva, dado que se pretende describir una realidad concreta, analizando sus principales características.

4.1.2 Método de investigación

Del mismo modo, se utilizará el método lógico-inductivo, debido a que se planteará un método general para la aplicación del examen de igualdad (Aranzamendi, 2010), luego de analizar particularmente los casos contenciosos. Se debe resaltar que el

método será no experimental, toda vez que no se va manipular el objeto ni la variable independiente para verificar sus efectos en la variable dependiente.

4.2 Diseño muestral

La muestra comprendida en la investigación es el conjunto de resoluciones finales de la Corte IDH, tanto en su función contenciosa como consultiva. Desde el primer caso contencioso de la Corte IDH (caso Velásquez Rodríguez vs Honduras), es decir, desde 21 de julio de 1989 hasta el 21 de noviembre de 2016.

4.3 Técnicas para la recolección de datos

4.3.1 Estudio de casos

En la presente investigación se ha realizado el estudio de todos los casos de la Corte IDH en los que se haya pronunciado sobre el derecho a la igualdad (Aranzamendi, 2010).

CAPÍTULO V: LA IGUALDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

5.1 ¿Dónde encontramos la igualdad en la CADH?

En la CADH, en el artículo 24, podemos encontrar lo que Alexy denomina el derecho general de la igualdad (“todos somos iguales ante la ley”)²⁵. Además, encontramos cláusulas especiales de igualdad, entre ellas tenemos: el artículo 8.2²⁶, igualdad de las garantías judiciales mínimas; el artículo 17.4²⁷, igualdad responsabilidad de los cónyuges; el artículo 17.5²⁸, la igualdad de los hijos reconocidos fuera y dentro del

²⁵CADH, Artículo 24. Igualdad ante la Ley. “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

²⁶CADH, Artículo 8. Garantías Judiciales. 2. “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...*”

²⁷CADH, Artículo 17. Protección a la Familia. 4. “*Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...*”

²⁸CADH, Artículo 17. Protección a la Familia. 5. “*La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*”.

matrimonio; el artículo 23.1.b²⁹, la igualdad del voto; y el artículo 23.1.c.³⁰, igualdad para acceder a los cargos públicos.

Al respecto, *prima facie* se puede observar el problema de cómo se debe evaluar las cláusulas especiales de igualdad, es decir, según el derecho sustantivo, ¿qué se protege o en virtud de la cláusula general de la igualdad?

Por ejemplo, en Nicaragua existía, dentro de las normas electorales, una que impedía que en una eventual alianza electoral, esta debía cumplir con inscribir a los candidatos postulados en el 80 % de su jurisdicción territorial de la alianza electoral. En el caso concreto, el partido político Yatama había conformado una alianza electoral con otros. Finalmente quedó excluido el partido que participaba en la alianza electoral con el partido de Yatama.

No obstante, cuando el partido Yatama quiso continuar las contiendas electorales, se exigió nuevamente la participación de candidatos en el 80 % de su jurisdicción territorial y el partido Yatama está conformado por una comunidad indígena minoritaria. Esto impidió en concreto la participación política en igualdad de condiciones. Así como la vulneración de los derechos políticos de la comunidad de Yatama, de elegir y ser elegidos.

Entonces, la mencionada problemática se podía analizar bajo el artículo 23.c o el artículo 24 de la CADH. La Corte IDH analizó en conjunto los dos derechos y concluyó que la comunidad indígena de Yatama "... se vieron afectados por la discriminación legal y de hecho que impidió su participación en condiciones de

²⁹CADH, Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: "... b) *de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...*"

³⁰CADH, Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: "... c) *de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país*".

igualdad en las elecciones municipales de noviembre de 2000” (Corte IDH, caso Yatama: párr. 224).

Si bien, solo se analizó en virtud del artículo 23.c de la CADH en concreto, lo que no está mal porque contiene una cláusula especial de igualdad, también se agregó el artículo 24 sin realizar el test de igualdad que usualmente exige la objetividad y razonabilidad del acto. Esto conlleva a preguntarse si el examen de igualdad en la Corte IDH, en algunos casos en el que existan cláusulas especiales de igualdad debería ser subsidiario, en el que debería primar el examen del derecho sustantivo convencional.

Con relación al artículo 1.1 de la CADH, en estricto, es una enumeración de los deberes estatales, es decir, las obligaciones de los Estados partes de la CADH. Son dos obligaciones: i) respetar los derechos y libertades, ii) garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por alguna categoría prohibida.

Por ello se resalta que la segunda obligación es “una obligación de hacer” (Del Toro, s/f, p. 672). Es decir, es una obligación política para que los aparatos estatales realicen sus actividades sin discriminación. Se debe tener en cuenta que la prohibición de discriminar del artículo 1.1 de la CADH se ajusta en la obligación de hacer de los poderes del Estado únicamente.

Lo antedicho cobra relevancia con el enunciado normativo del artículo 24. Su existencia implica que lo contemplado en el artículo 1.1 era más un deber estatal en su obligación de garantizar los derechos y no un derecho en *stricto sensu*. Dado que, *a contrario sensu*, únicamente se hubiera contemplado la prohibición de la discriminación. En el caso del CEDH, no consideraron la cláusula de igualdad ante la ley, debido a que, “se temía que se apelase a los órganos del Convenio para corregir eventuales discrepancias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados, alegando vulneración al principio de igualdad” (Carmona, 2005: 667).

Dicha posición se justifica en que “el principio de igualdad permite a los intérpretes crear una gran cantidad de lagunas axiológicas” (Guastini, 2008: p. 92). Existen normas que no son justas al faltar, es decir, por haber omitido igualar o diferenciar un supuesto ausente (Guastini, 2008: p. 92).

Establecida la posición del autor sobre dónde se encuentra la cláusula de igualdad en la CADH, conviene revisar cuál es el contenido de esta. Además se debe revisar lo que el máximo intérprete de la CADH ha señalado al respecto, siempre de una forma crítica, con la finalidad de plantear la conveniencia de reformular el juicio de igualdad aplicado.

5.2 ¿Qué contiene el artículo 24 de la CADH?

El artículo 24, “igualdad ante la ley”, es un derecho fundamental internacional positivado en la CADH (Borowski, 2013: p. 31-32), exigible jurídicamente para los Estados que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Por otro lado, existe un derecho fundamental nacional de la igualdad ante la ley que se encuentra positivado en las constituciones nacionales que “representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo” (Borowski, 2013: p. 33). En el caso en concreto, ambas cláusulas gozan de idéntico enunciado normativo, por lo que debe existir un diálogo jurisprudencial entre las altas cortes nacionales y la Corte IDH.

El diálogo jurisprudencial es entendido como una interacción interpretativa de los derechos humanos, entre la Corte IDH y las altas cortes de la región. Esta interpretación debe respetar el *corpus juris* del DIDH; “pero que correlativamente esta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a los criterios del Tribunal interamericano” (Bazán, s/f: p. 570). Pueden ser observaciones o discordancias para coadyuvar al mejoramiento de

su labor jurisdiccional (Bazán, s/f: p. 590), respetando el principio de subsidiariedad del SIDH y la interpretación *pro persona*.

En ese sentido, la obligación de respeto para los Estados garantizaría la igualdad de *iure* y la obligación de garantía para los Estados exigiría una igualdad de facto o de hecho. Siempre que se ordene un trato igual *prima facie* o un trato desigual debidamente justificado, *mutatis mutandis* de la doctrina desarrollada por Robert Alexy en relación con el derecho general de igualdad en su libro *Teoría de derechos fundamentales*.

5.3 La Corte IDH y la igualdad

5.3.1 Tratamiento de la igualdad en las decisiones consultivas de la Corte IDH

En la Opinión Consultiva N.º 4, la Corte IDH analizó de manera fáctica la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Se determinó: “Que sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular [...] condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges” (Corte IDH, O. C. N.º 04: párr. 5).

En la mencionada Opinión Consultiva N.º 04, se establecieron tres premisas: a) que no eran cláusulas idénticas (párr. 54); b) el artículo 1.1 contiene tres obligaciones (párr. 54)³¹; y, c) el artículo 1.1 era aplicable para los derechos convencionales, y el artículo 24 “... se extiende al derecho interno de los Estados partes” (párr. 54).

“Es decir, la Corte establece claramente la distinción entre la cláusula autónoma del artículo 24º y la cláusula subordinada del artículo 1.1” (Gonzales y Parra, 2008: p. 148). Se utilizó la doctrina del margen de apreciación a los Estados cuando otorgan la nacionalización, sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para

³¹ Criterio no compartido por el autor.

obtenerla (Corte IDH, O. C. N.º 4, párr. 62). Con la intención de hacer diferenciaciones justificadas y razonadas para otorgar la naturalización costarricense. No obstante, en setiembre del 2005, en el caso niñas Jean y Bosico la Corte IDH no volvió a desarrollar dicha doctrina del margen de apreciación.

En la Opinión Consultiva N.º 18 se ubica al principio de igualdad y no discriminación como parte de la categoría de *Jus cogens*. Además se establecen las obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, incluso particulares en relación con el principio de igualdad (Corte IDH, O. C. N.º 18, párr. 110).

Con relación al juicio de la igualdad, pese a que en la Opinión Consultiva N.º 04, ya se conocía del examen de razonabilidad y de proporcionalidad citado en un caso del TEDH, no se desarrolló dicho test para resolver la controversia planteada por Costa Rica. No obstante, en la Opinión Consultiva N.º 18, señala que para realizar un trato diferencial el Estado, tendría que ser razonable, objetivo y proporcional (párr. 84, 105 y 119), es decir, exigir un examen de igualdad idéntico al Tribunal Europeo.

Asimismo, la O. C. N.º 18 desarrolla las obligaciones en conjunto del principio de igualdad y no discriminación al señalar que "... esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad" (párr. 102); toda vez que, una forma de entender el principio de la igualdad es como una prohibición de discriminación pero de forma inversa no se desprende dicha correspondencia, debido a que la prohibición de discriminación es sólo una parte del principio de igualdad. En ese sentido, la cita descrita en hace referencia al artículo 1.1 y de ahí señala "en una base de igualdad" en referencia clara del artículo 24 de la CADH. Por tanto, se concluye que el artículo 24 incluye también de manera general al extremo de prohibición de discriminación derivada de la igualdad ante la ley.

En consecuencia, la igualdad obliga: a) “abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto” (Corte IDH, O. C. N.º 18, párr. 103); y, b) “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas” Corte IDH, O. C. N.º 18, párr. 104).

5.3.2 Tratamiento de la igualdad en las decisiones contenciosas de la Corte IDH

Con relación a cómo se ha tratado jurisprudencialmente la igualdad por la Corte IDH, en el caso Duque contra Colombia, se establece que “... existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación” (Corte IDH, caso Duque: párr. 93).

En ese sentido, el ilícito internacional se generaría por: a) “El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos” (Corte IDH, caso Duque: párr. 93), (artículo 1.1); y, b) El Estado se le “... prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación” (Corte IDH, caso Duque: párr. 94), (artículo 24).

Artificialmente, las diferencias son claras: el artículo 1.1, al ser una obligación de carácter general, se extiende únicamente a todas las disposiciones normativas de la CADH, denominada cláusula subordinada. Por otra parte, el artículo 24 prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal a nivel nacional, denominado cláusula autónoma (Corte IDH, caso Ríos: párr. 348)³².

Sin embargo, la Corte IDH con relación a su diferencia entre dichos artículos (1.1 y 24), en la jurisprudencia no ha podido aplicarla, toda vez que, algunas veces se han

³²Revisar el caso de la Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela, párr. 379.

combinado indistintamente ambos artículos, es decir, el artículo 24 y el 1.1 aunado otros artículos convencionales. Por ejemplo, en el caso Yatama se declaró la violación del artículo 23, 24, 1.1, 2 de la CADH. En el caso de las niñas Jean y Bosico se examinó los artículos 19, 20, 24, 3, 18, 1.1 de la CADH.

Asimismo, se ha relativizado el examen en función de la supuesta diferencia entre el artículo 1.1 y el 24. Por ejemplo, en el caso Apitz, pese a que existía un trato arbitrario y correspondía un examen en función del artículo 24, dado que no pertenecía a un grupo vulnerable, sino únicamente a cinco jueces de Venezuela que habían tomado una decisión determinada en un caso concreto, las consecuencias de sus conductas funcionales indebidas fueron diferentes: a unos los jubilaron y a otros los destituyeron.

Empero la Corte IDH determinó su examen en función del artículo 1.1. Por otro lado, en el caso Duque, la Corte IDH nuevamente se distanció de lo señalado anteriormente, al precisar que el artículo 24 se debe analizar con "... las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención" (Corte IDH, caso Duque: párr. 94).

Asimismo, se precisa que el examen propuesto para el artículo 24 con relación a las leyes internas, también puede evaluarse según las obligaciones particulares del artículo 2, que de manera positiva obligan a dictar nuevas normas, prohibir su emisión o suprimir normas o prácticas incompatibles con los derechos convencionales. Por tanto, en la práctica, se convertiría al artículo 24 en inútil.

Sin embargo, se ha reiterado que el artículo 24 obliga a los Estados no introducir en su ordenamiento jurídico en regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas (Corte IDH, O. C. N.º 18, párr. 88)³³. El artículo siempre estará

³³Revisar el caso de la Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 54.

relacionado con derechos no convencionales, dado que se le considera como una cláusula autónoma.

Es por ello que se evidencia que en el ámbito de la justificación interna existe una deficiencia en los casos relativos al examen de igualdad, ya sea en función del artículo 24 o del 1.1.

A continuación se bosqueja un cuadro de diferentes momentos en que la Corte IDH no respeta su propia posición en función del examen del artículo 24 y del artículo 1.1.

Diferencias entre los artículos 24 y 1.1 ³⁴		
Corte IDH 2005	Corte IDH 2008	Corte IDH 2016
La Corte IDH encuentra que por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente. El Estado dejó de otorgar la nacionalidad a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de su nacionalidad, y las dejó apátridas por más de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la CADH, en relación con el artículo 19 de la misma,	En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24. Dado que los alegatos en el presente caso se refieren a una supuesta discriminación en la	En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la CADH en relación con

³⁴El cuadro se ha elaborado con la finalidad de presentar de forma didáctica las diferencias entre el artículo 1.1 y el 24 de la CADH.

<p>y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico (caso Niñas Yean, párr. 174).</p>	<p>garantía judicial de ser oído dentro de un plazo razonable, el asunto debió analizarse bajo los artículos 1.1 y 8.1 de la Convención (caso Apitz, párr. 209).</p>	<p>las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención (caso Duque, párr. 94).</p>
--	--	---

En el cuadro se refleja el problema de la diferenciación entre cláusula autónoma de igualdad y cláusula subordinada. Se puede observar que registran problema de diferenciación en su significado (¿qué significan estas cláusulas?), así como en su alcance convencional o extraconvencional (con relación a su denominación de autónoma o subordinada). Corresponde plantear una posible solución e indagar detalladamente la jurisprudencia de la Corte IDH.

5.4 Con relación a la igualdad, ¿existe una verdadera diferencia entre el 1.1 y el 24 de la CADH?

Se considera que no existe una verdadera diferencia entre los artículos 1.1 y 24, dado que, la cláusula de igualdad ante la ley (artículo 24) es un derecho reconocido en la CADH, y su garantía de libre y pleno ejercicio a toda persona, estaría sujeta sin discriminación según el artículo 1.1. Esto se debe a que dicha disposición es un deber estatal. En cada análisis jurisprudencial se encuentra intrínseco por ser un deber. Por ende, darle relevancia —incluso subordinada cuando siempre será omnipresente en cada derecho que analice la Corte IDH— resulta contraproducente y genera confusiones.

En ese sentido, la diferencia realizada prematuramente por la Corte IDH en su Opinión Consultiva N.º 04, de que el artículo 24 “... prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal” (párr. 54), lo ausenta como derecho y lo convertiría en

un examen de sus obligaciones estatales en función de su artículo 2³⁵ y su artículo 1.1, si acaso este último fuese subordinado algún derecho convencional. En efecto, ha generado que la relativización del artículo 1.1 y 24, toda vez que, la Corte IDH mantenga dicha diferencia ilógica.

Asimismo, al existir una misma identidad legislativa entre las cláusulas constitucionales de igualdad y el artículo 24 de la CADH (la igualdad ante la ley), se debe tener presente lo siguiente: primero, la dogmática jurídica constitucional; y segundo que exista un diálogo jurisprudencial entre las altas cortes que hayan desarrollado de mayor medida la justificación interna para abordar dicho derecho en sus decisiones judiciales. En ese sentido, a continuación, se desarrolló las principales ideas planteadas para justificar la no diferencia entre el artículo 1.1 y el 24.

5.4.1 Relativización de las cláusulas de igualdad según la jurisprudencia de la Corte IDH

En su O. C. N.º 17, la Corte IDH señala en relación de los artículos 1.1 y 24 “... los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquella” (Corte IDH, O. C. N.º 17, párr. 55), es decir, en la CADH.

En ese sentido, se observa que los deberes del Estado contemplados en el artículo 1.1 no pueden utilizarse para crear la exigencia de la igualdad en el extremo de la prohibición de no discriminación. Esto se debe a que la doble función que asume el artículo 1.1 —de establecer el deber que se infringe más la actuación como una versión del derecho a la igualdad— genera una confusión (una relativización más

³⁵CADH, Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. *Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

que una confusión), la que se origina al tratar diferenciar innecesariamente la especie (1.1) del género (24).

Al respecto, Oscar Parra y Marianne González afirman que "... el considerar que la cláusula del artículo 1.1 se refiere únicamente a una concepción de la igualdad mientras que el artículo 24, se refiere a ambas, vuelve algo compleja la distinción..." (2008: p. 163). Sin embargo, cuando se insiste en la diferenciación, desaparece dicho complejo.

Del mismo modo, Parra y González también señalan que "... la Corte parece entonces confundir ambas cláusulas y limitar el ámbito de aplicación del derecho a la igualdad a los derechos contenidos en la Convención" (2008: p. 150).

Asimismo, la O. C. N.º 18 aborda la cláusula de igualdad sin realizar una distinción, no obstante, juntando ambos artículos 1.1 y 24. Señala: "De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad" (párr. 102). No se especifica si el artículo 1.1 o el artículo 24 gozan del dominio de *jus cogens*. Aunado a que en la práctica resulta difícil entender que el derecho a la igualdad sea absoluto por su naturaleza relacional, plural y comparativa, es decir, sea una norma de *jus cogens*. La prohibición de discriminación por categorías sospechosas también resulta difícil entenderla como una norma que no acepte acuerdo en contrario, absoluta, como la prohibición de tortura.

Por ejemplo, si un director de cine busca seleccionar a un actor para un papel de un personaje que exige ser de raza afrodescendiente y en la selección se presenta una persona de tez blanca. El director de cine no elegiría a dicha persona en función a su raza aunque es una categoría prohibida de discriminación. Ahí la prohibición de discriminación por las categorías prohibidas no estaría actuando como absoluta.

No obstante, se postula que la prohibición de la discriminación de categorías sospechosas que generan grupos vulnerables es la norma de *jus cogens*, por

ejemplo, dentro de la categoría sexo, se reúne a las mujeres como grupo que históricamente han sido discriminadas al no tener los mismos derechos que los hombres. Por otro lado, se advierte que mezclar indistintamente el artículo 1.1 y 24 de la CADH contribuye con el problema de la relativización. Por ejemplo, la Corte IDH señaló en el caso de la Masacre de Mapiripan contra Colombia que existe un vínculo indisoluble entre las obligaciones de respeto y garantía de los Estados y el principio de igualdad (Corte IDH, caso Masacre de Mapiripan: párr. 178) agregando "... y no discriminación..." (Corte IDH, caso Masacre de Mapiripan: párr. 178). En consecuencia, al expresarse la Corte IDH indistintamente de la igualdad y también de la no discriminación contribuye a que los artículos que los reconocen sean relativizados.

En ese sentido, el citado caso junta ambos alcances de los dos artículos desarrollados por la Corte IDH (1.1 y 24) al establecer que "... para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno e impregna toda actuación del poder del Estado..." (Corte IDH, caso Masacre de Mapiripan: párr. 178).

Del mismo modo, se advierte en el caso Velásquez Paiz contra Guatemala se advierte que "... en razón que los hechos del presente caso comprenden ambas modalidades de discriminación y, por lo tanto, no se hace necesario realizar una distinción" (párr. 199). Aquí resulta claro observar la relativización que se plantea en la presente investigación y que es aceptada en dicho caso por la Corte IDH.

Sin embargo, la relativización se puede plantear en la mayoría de los casos: el ordenamiento jurídico interno de los Estados siempre tendrá relación con el caso planteado. Lo que daría paso a examinar la cláusula autónoma de igualdad (artículo 24) y la normativa presuntamente discriminatoria.

A contrario sensu también se podría vincular con un artículo de la CADH y analizarlo en función de la cláusula subordinada de igualdad (artículo 1.1), tal como la Corte

IDH ha propuesto hasta la actualidad. Es política de la Corte IDH juntar todos los artículos, 8.1³⁶, 25.1³⁷, 24 en relación con los artículos 1.1 y 2, tal como lo hizo en el caso citado Velázquez Paiz.

En consecuencia, la mejor forma de abordar el principio de igualdad para evitar una ambigüedad y relativización es únicamente analizar en todos los casos en función del artículo 24. Sin realizar una diferenciación entre una cláusula subordinada inexistente al ser el artículo de los deberes de los Estados y una cláusula autónoma de igualdad que termina siendo inútil en la mayoría de casos. A continuación, se desarrollará la supuesta cláusula subordinada que debe ser solo las obligaciones de los Estados.

5.4.2 Saturación de las obligaciones del artículo 1.1

Desde el primer caso contencioso de la Corte IDH (caso Velásquez Rodríguez contra Honduras), se describe la tesis que se defiende de la no diferencia entre el artículo 1.1 y el artículo 24 como cláusulas de igualdad.

Toda vez que, en estricto, el artículo 1.1 describe las obligaciones estatales que se dividen en dos: a) de respeto; y, b) de garantía. Su finalidad es "... determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte" (Corte IDH, caso Velásquez R., párr. 164).

A Contrario sensu, antes de dicha determinación, no existe todavía un derecho vulnerado. Por tanto resulta inconsistente que pueda servir para imputar

³⁶CADH, Artículo 8. Garantías Judiciales. 8.1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

³⁷CADH, Artículo 25. Protección Judicial. 25.1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

responsabilidad internacional de un Estado y al mismo tiempo como un derecho a examinar, es decir, como prohibición de discriminación.

En ese sentido, "... todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido [...] a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado..." (Corte IDH, caso Velázquez R., párr. 164). Esta función permite el efecto útil del artículo 1.1, dado que siempre estará presente en todo hecho imputable al Estado.

En efecto, en el caso citado, la Comisión Interamericana no alegó el artículo 1.1. Pese a ello la Corte IDH indicó que "... ello no impide que sea aplicado por esta Corte, debido a que dicho precepto constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por la Convención" (Corte IDH, caso Velázquez R., párr. 163).

Por consiguiente, dicho fundamento genérico de protección, artículo 1.1, no se debe utilizar para examinar el contenido protegido de la prohibición de discriminación, por el contrario, se debe analizar únicamente para determinar la imputación de responsabilidad al Estado.. Además, debe precisarse que al encontrarse intrínseco a todo análisis de atribución de responsabilidad, se satura el artículo 1.1 y ocasiona confusión, ya que el artículo 1.1 actuaría para realizar el examen si el hecho es imputable al Estado junto al derecho convencional que se protege. En otros casos, confluiría dentro del artículo 1.1 la tarea de examinar si el hecho es imputable al Estado y también si existe una discriminación. Incluso cuando se junte el artículo 24 con el artículo 1.1, resultaría complicado su lectura si y solo si se le otorga al artículo 1.1 una doble función o tarea.

5.4.3 Identidad de "igualdad ante la ley" entre la sede constitucional y la convencional
Como señala Borowski, en sede interna se denomina derechos fundamentales, cuando el derecho humano se encuentra positivizado en la constitución de un Estado. En ese sentido, la igualdad ante la ley como derecho humano se encuentra

reconocida en el artículo 24 de la CADH, asimismo se convierte en derecho fundamental cuando se establece en el artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú.

En ese sentido, del artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú se desprende la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la Ley. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el artículo 24 también debería contener tanto la prohibición de trato arbitrario y la prohibición de discriminación.

Según Alexy, se "... exige un tratamiento igual y solo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas" (1993: p. 398). Tales tratamientos "[p]ueden ser interpretados como referidos a actos y como referidos a consecuencias" (1993: p. 402, 403).

En el ámbito internacional, también el concepto de discriminación señala que "... es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos..." (Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, Guatemala, 5 de junio de 2013, en su capítulo I, de definiciones).

En consecuencia, los actos serían como los objetivos u objeto, denominado también como la *igualdad formal*, y las consecuencias serían los efectos o resultados, denominado también *igualdad material*.

Al respecto, el ejemplo descrito por Alexy, (recogido de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán), en la que, según la interpretación del tratamiento referido a los actos, el derecho a contar con un abogado para iniciar un procedimiento judicial, hace que exista una igualdad de *iure*. No obstante, en la interpretación del tratamiento referido a los resultados, no existiría una igualdad de trato entre las personas que no tienen recursos y las personas que sí lo tienen para

iniciar un procedimiento judicial, es decir, no habría una igualdad de hecho (1993: p. 403-404).

Un segundo ejemplo, descrito por Borowski: si en un salón de clases se dividen en dos grupos para enseñar las clases de educación física, existirán aquellos que tienen más actitud para el deporte y aquellos que no. Según la interpretación del tratamiento referido a los actos, el hecho de haber dividido en dos grupos e impartir igual las clases de educación física resulta un tratamiento igual, es decir, una igualdad de derecho (Borowski, 2013: p. 188-189).

Sin embargo, la interpretación del tratamiento referido a los resultados en relación con las capacidades deportivas provocará que no exista igualdad de hecho o fáctica. Se alcanzará la igualdad en los hechos si al grupo con menos capacidades físicas trabajara su rutina con la misma intensidad (Borowski, 2013: p. 188 - 189).

Si bien autores como Alexy y Borowski discuten la posibilidad que el principio general de igualdad obligue necesariamente a una igualdad fáctica³⁸. En el ámbito del DIDH, la obligación de respeto, tutelar la igualdad de *iure* y la obligación de garantía protegerá la igualdad fáctica. Siempre en el entendido de proteger garantías mínimas, ya que la CADH responde a una teoría de mínimos exigibles.

Se recalca que la posición que se sostiene es que en el ámbito del DIDH la cláusula de igualdad del artículo 24 de la CADH contiene ambas concepciones de igualdad. Dado que, "... el considerar que la cláusula del artículo 1.1 se refiere únicamente a una concepción de la igualdad mientras que el artículo 24, se refiere a ambas, vuelve algo compleja la distinción..." (González & Parra, 2008: p. 163). No obstante, el objetivo es no realizar ninguna distinción y abordar cualquier problema de la igualdad en función del artículo 24, ya sea como trato arbitrario o prohibición de discriminación.

³⁸Revisar a Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 410. Y también conviene revisar a Borowski, M. *La estructura de los derechos fundamentales*, pág. 189.

Del mismo modo, en la Opinión Consultiva N.º 04, hubo un voto separado, parcialmente disidente, del Juez Rodolfo E. Piza E. que fortalece lo planteado en la presente investigación. Él señala lo siguiente:

“Dicho de otra manera, los Estados Partes de la Convención, al comprometerse “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...”, asumieron también esa obligación en relación con el derecho autónomo a la igualdad y no discriminación consagrado por el artículo 24 de la misma, de manera que no existe ninguna razón para suponer que los conceptos de igualdad y de no discriminación de este último sean menos precisos ni más flexibles que los del artículo 1” (Corte IDH, O. C. N.º 04 -Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza E-, párr. 9).

Comprobada la identidad de ambas cláusulas de igualdad, corresponde necesariamente abordar la doctrina del diálogo jurisprudencial en relación con el principio general de igualdad entre las altas cortes y la Corte IDH., que hayan desarrollado en mejor medida el juicio de igualdad.

5.4.4 Diálogo jurisprudencial en el caso del principio de igualdad

En primer lugar, para que exista un auténtico diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y los tribunales nacionales, se debe respetar los principios recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT). Estos son: a) prohibición de alegar derecho interno a fin de incumplir sus responsabilidades internacionales³⁹; y, b) principio de buena fe⁴⁰. Así como también debe respetarse: i) la interpretación según el objeto y fin, ya que la Corte IDH ha señalado que el objeto y fin de la CADH es la eficaz protección de la persona humana (Corte IDH, caso Artavia, párr. 257-259)⁴¹.

³⁹CVDT, artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁴⁰CVDT, artículo 31. Interpretación de los tratados. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

⁴¹Revisar, además, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, párr. 33-42.

Esto debe complementarse con el principio de efectividad o *effet utile*, que indica, “... deben interpretarse de manera que se dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario en el contexto en que ocurren, según su objeto y fin” (Aguirre, s/f: p. 80).

Para ello, se debe contar con órganos jurisdiccionales independientes, dentro de la región, con recursos idóneos y efectivos. Además que en los Estados existan verdaderos intereses generales de protección y que no respondan sólo a intereses de los gobiernos de turno.

5.4.4.1 Dos tipos de diálogo jurisprudencial

Se ensaya una clasificación de dos tipos de diálogo jurisprudencial: un estilo indirecto cuando solo interviene la voz del narrador; y un estilo directo cuando solo se presenta la voz de los personajes. En efecto, tenemos lo siguiente:

5.4.4.1.1 Diálogo jurisprudencial indirecto

Es el tipo de diálogo en el que solo interviene la voz del narrador. Existirá un diálogo jurisprudencial indirecto, cuando la Corte IDH realice un control concentrado de convencionalidad (se le encuentra responsabilidad internacional al Estado demandado, en función a la emisión de una ley discriminatoria) o cuando se realice una interpretación evolutiva de algún artículo. Por lo tanto, los demás Estados partes están en la obligación de implementar y aceptar las nuevas interpretaciones acorde a los nuevos cambios sociales que realiza la Corte IDH, toda vez que esta proscrita una interpretación originalista⁴² en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. .

⁴² “La idea central del originalismo consiste en que cuando nosotros damos significados a las palabras de la Constitución, deberíamos usar los significados que las personas que adoptaron esas disposiciones constitucionales le habrían asignado (Strauss, David, *The Living Constitution*, Oxford University Press, 2010, p. 139.) ” (Liendo, 2015)

Por ejemplo, en el caso Karen Atala vs. Chile, llama la atención como la CIDH realiza una especie de jerarquización del estándar de interpretación del caso en concreto, al ubicar al control de convencionalidad como una garantía de no repetición:

“En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1 de la Convención Americana” (Corte IDH, caso Atala: párr. 284).

Por lo tanto, como primera regla, podemos observar que en los casos en que la Corte IDH realice una interpretación evolutiva, es decir, considerar a la CADH como un instrumento vivo que debe adaptarse a los diversos cambios sociales, la evolución de los tiempos y las necesidades sociales (caso Artavia, párr. 173)⁴³, esta interpretación se deben aplicar obligatoriamente para todos los Estados que se encuentren sometidos bajo su competencia contenciosa.

Ello permitirá un nuevo reto que, en palabras del ex – Juez de la Corte IDH, actual Juez de la Corte Internacional de Justicia Cançado Trindade: “[l]a constitucionalización del derecho internacional, es decir, constituciones internacionales aceptando que los Tratados de derechos humanos tienen una dimensión constitucional. Diferenciándola de la "internacionalización" del Derecho Constitucional, esto es, una pugna porque las normas internacionales tengan una jerarquía específica dentro de los Estados (Corte IDH, caso de los trabajadores cesados del Congreso de Perú, Voto disidente: párr. 9-11).

⁴³ Revisar, además, Corte IDH: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, párr. 114, e *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, párr. 43.

5.4.4.1.2 Diálogo jurisprudencial directo

En referencia al tipo de diálogo en el que solo interviene la voz de los personajes. Un diálogo jurisprudencial directo existirá cuando los tribunales nacionales no apliquen la jurisprudencia de la Corte IDH de manera automática sino presentan observaciones justificadas, entre ellas, en nociones culturales de la nación o costumbres sociales. Estos casos deben resolverse otorgando un margen de apreciación que restrinja el derecho, pero sin generar una violación del derecho humano. También debe atender a la naturaleza del derecho o probar que exista cierto grado de incertidumbre en las legislaciones internas, justificada en la naturaleza del principio de igualdad y facilidad del principio de formar lagunas axiológicas (es decir, ausencia de normas justas, ya sea por no distinguir normativamente o por distinguir injustificadamente).

No obstante, se debe plantear ciertos límites del diálogo jurisprudencial directo: a) prohibición de alegar derecho interno a fin de incumplir sus responsabilidades internacionales⁴⁴, b) principio de buena fe, c) la interpretación según el objeto y fin; y, d) el principio de efectividad o *effet utile*.

5.4.4.1.2.1 La necesidad de un diálogo jurisprudencial interno directo: apuntes sobre el caso del juicio de igualdad

Dado los problemas advertidos con relación a la cláusula de igualdad, es necesario un diálogo jurisprudencial directo. Hay que tener en consideración que los Estados también cuentan con una cláusula constitucional de igualdad: todos somos iguales ante la Ley, y que es idéntico al artículo 24 de la CADH.

5.4.4.1.2.2. ¿Qué ha dicho el TEDH al respecto?

Si bien, "... la referencia a la jurisprudencia del homólogo se presenta como una herramienta argumentativa. Sin embargo, las razones por las cuales se hace uso de dicha herramienta varían en cada uno de los sistemas" (Larsen Laurence y Nicolás

⁴⁴CVDT, artículo 27.- El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Montoya, s/f: p. 203). La Corte IDH se ha nutrido constantemente de su homólogo, sin embargo, en materia de igualdad, el CEDH no cuenta con una cláusula de igualdad ante la Ley sino únicamente de la prohibición de la discriminación (contemplado en su artículo 14 y que es similar al artículo 1.1 de la CADH).

No se consignó el principio de igualdad en el CEDH, debido a que:

“Algunos autores han puesto de manifiesto que el principio de igualdad ante la Ley, por su carácter vago y general, era considerado como fuente de construcciones jurídicas peligrosas (...) se temía que se apelase a los órganos del Convenio para corregir eventuales discrepancias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados...” (Carmona, 2005, p. 667).

Pese a ello, con relación a la prohibición de la igualdad, la jurisprudencia del TEDH “... no es muy abundante y sí compleja y poco coherente” (Carmona, 2005, p. 668). No obstante, se debe resaltar que el TEDH utilizó la doctrina del *tertium comparationis*, en el caso *The Sunday* contra Reino Unido y señaló que el “... artículo 14 protege a los individuos o grupos que se encuentran en una situación comparable” (Carmona, 2005: p. 678). Del mismo modo, también precisó “...el hecho que existan ciertas diferencias entre dos individuos no hace inaplicable el citado precepto” (Carmona, 2005: p. 678).

El TEDH ha utilizado la discriminación por indiferenciación. En el caso *Thlimmenos* contra Grecia, había una ley que prohibía el acceso a la profesión contable a los que contaban con sentencia penal. El demandante había sido condenado por no prestar servicio militar, y por ello, se determinó que existía discriminación en la norma por no distinguir entre las diferentes causas de condena (Carmona, 2005, p. 681 - 682).

Ese caso abrió una puerta en lo que se ha denominado como la *discriminación positiva*. En palabras de la profesora Carmona Cuenca:

“... permitiría avanzar hacia lo que se dado en llamar igualdad material (...) que tenga en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, para establecer y aplicar en ocasiones normas aparentemente desiguales con la finalidad de conseguir la equiparación real de personas que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social” (Carmona, 2005, p. 681).

Si bien, la CEDH, trató de colocar el principio de igualdad ante la ley, mediante su Protocolo Adicional N.º 12 del año 2000, igual lo denominó prohibición general de discriminación⁴⁵. Por tanto, la CADH tiene la capacidad para desarrollar una interesante jurisprudencia sobre el principio de igualdad; no obstante, no existe un examen de igualdad más coherente hasta la fecha.

5.4.4.2 Juicio de igualdad en el caso colombiano, a propósito del diálogo jurisprudencial

La Corte Constitucional de Colombia desarrolló un juicio de igualdad integrado que complementará en una mejor tutela del artículo 24 de la CADH. Esto, por supuesto, con ciertos matices, dadas las particularidades de la justicia supranacional.

Al respecto, señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que:

“El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada. Así según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve” (SCCC, Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1592 de 2012, sección 4.4).

Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia (SCCC, C 104-16) aplicó dicho test integrado cuando analizó un presunto trato discriminatorio por la categoría prohibida de “origen nacional” al preferir las solicitudes de adopción de los colombianos frente a los extranjeros⁴⁶.

⁴⁵Protocolo número 12 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Roma, 4 de noviembre de 2000), Artículo 1. *Prohibición general de la discriminación.- 1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1.

⁴⁶Ley 1098 de 2006, artículos 71 y 73. Colombia.

En efecto, señaló que el criterio de comparación válido lo conforma: "... tanto la familia nacional como la familia extranjera están en posición de adoptar [...] por lo que se trata de sujetos que, en este punto, tienen una naturaleza similar" (SCCC, C 104-16, fundamento 6.7.4.). Además, este caso estaría en un plano jurídico, de acto al haberse establecido mediante una Ley.

Posteriormente, la Corte de Colombia analizó el nivel de intensidad a colocar (leve, intermedio, estricto) con relación a determinar que si la diferencia del trato entre nacionales y extranjeros está constitucionalmente justificada. Se debe resaltar que *prima facie* correspondería un nivel estricto, toda vez que se encuentra presente una categoría prohibida de discriminación "origen nacional"; sin embargo, la corte de Colombia hizo referencia al artículo 100⁴⁷ de la Constitución de Colombia, el que le permite realizar diferencias, para elegir por un nivel intermedio.

En ese sentido, la corte colombiana precisó que no se afectaría un derecho fundamental de manera grave, ya que, "... la adopción no pretende primariamente que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino sobre todo que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia" (SCCC, C 104-16, fundamento 6.7.6.).

Identificado la Corte Constitucional de Colombia el test intermedio aplicable señaló:

"Como se trata de la formulación de un test intermedio, el examen a seguir implica verificar que (i) el fin no solo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver. De igual manera, (ii) se exige que el medio utilizado no sólo sea adecuado, sino también efectivamente conducente para alcanzar la finalidad buscada por la norma sometida a control. Y, por último, (iii) se debe acreditar que la medida no resulta evidentemente desproporcionada respecto de otros principios, derechos o valores constitucionales" (SCCC, C 104-16, fundamento 6.7.7.).

⁴⁷Constitución Política de Colombia, Capítulo 3 de los Extranjeros, Artículo 100. *Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.*

Al respecto, se estableció que es “... una medida legítima y constitucionalmente importante, que guarda coherencia con el principio de subsidiaridad de la adopción internacional [...] que permite preservar [...] la identidad cultural de los niños colombianos, sus valores nacionales...” (SCCC, C 104-16, fundamento 6.7.7.1-6.7.7.2).

Además se precisó que “... se aumenta las posibilidades de control postadopción y se brinda una mejor alternativa para realizar el derecho al reencuentro con la familia de origen” (SCCC, C 104-16, fundamento 6.7.7.3-6.7.7.4).

Si bien Bernal Pulido, en su artículo “El Juicio de Igualdad en la Corte de Colombia”, advierte “... deficiencias en la versión de la Corte Constitucional...” (p. 69). Se debe resaltar que producto de la evolución jurisprudencial del derecho a la igualdad de la corte colombiana se ha permitido plantear una nueva metodología para abordar cuestiones relacionadas a la igualdad.

El profesor Bernal Pulido desarrolla veintitrés reglas incluidas en dos grandes grupos: a) los requisitos; y, b) la proporcionalidad. Dentro de los requisitos exige: a.1) *prima facie* una intervención a la igualdad; y, a.2) qué tipo de escrutinio se debe realizar. En los requisitos también se debe observar si se analiza como prohibición de discriminación o como deber de protección, exigencia de una igualdad material. Y en función de dicha diferencia, además de tener presente el grado de intensidad o determinación del tipo de escrutinio, se analiza los tres sub principios de la proporcionalidad (p. 69 y ss.).

Debe destacarse que en dicha propuesta no se hace referencia al término de comparación válido. Además, se debe tener presente que en la igualdad por naturaleza es relacional, en comparación a algo y en el subprincipio de necesidad se comparan medios. Es menester preguntarse si en su función de protección en el que no se exige una determinada solución en concreto, corresponde analizar otros medios igualmente satisfactorios.

“Actualmente se discute si el examen de la igualdad debe emprenderse en algunos casos sin construir una relación medio-fin de este tipo, entre la igualdad jurídica y la razón para restringirla...” (Borowski, 2013, p. 205).

Entonces, se considera que aún se carece de un método adecuado para abordar la justificación interna cuando se examina el principio de igualdad.

5.4.4.3 Juicio de igualdad en el caso peruano, a propósito del diálogo jurisprudencial
El profesor Omar Sar, en un estudio minucioso de los artículos de la Constitución Política del Perú, (sumillada, concordada con jurisprudencia y precedentes constitucionales vinculantes del Tribunal Constitucional) advierte que en el caso de examinar la igualdad el Tribunal Constitucional ha exigido el uso de un término de comparación válido “(STC 00012-2010-AI f. 5,6), (STC. 0019-2010-PI/TC f. 16)” (2014b: p. 28, 32).

En esa misma línea, resulta importante explicar la aplicación del test de proporcionalidad a los casos de igualdad que realiza el Tribunal Constitucional del Perú en algunos casos. No plantea el juicio tradicional de proporcionalidad con sus tres subprincipios sino agrega tres pasos previos, como se advierte en el STC 00045-2004-AI f. 33 al 41 (Omar, 2014b: p. 35).

En efecto, además del caso citado en el párrafo anterior (casos STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC f. 65), se establecen los siguientes pasos:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Se evidencia la importancia de que la Corte IDH tenga una metodología uniforme en el ámbito de la justificación interna de sus resoluciones. Esto con la finalidad de asegurar una adecuada tutela del derecho a la igualdad en sede supranacional. Asimismo, se aprecia que el examen de igualdad es una tarea pendiente de plantear, dada la complejidad del derecho a la igualdad y su aplicación en sede interna e internacional.

5.4.5 La teoría de diferenciación según el concepto de igualdad

Oscar Parra para solucionar el problema en el ámbito del DIDH plantea que "... dependiendo de si nos encontramos frente a un problema de discriminación o un problema de trato diferencial arbitrario..." (2008: p. 163), será como sigue:

A. Igualdad como no discriminación (2008: p. 163):

- a) Afecta derechos convencionales: se declara violado el artículo 1.1 (en la obligación de no discriminar) en relación con el derecho sustantivo violado.
- b) Afecta derechos no convencionales: se declara violado el artículo 24.

B. Igualdad como prohibición del trato arbitrario:

- a) No afecta ningún otro derecho o bien afecta derechos no convencionales: se declara violado el artículo 24.
- b) Afecta derechos convencionales: se declara violado el artículo 24 y el artículo que consagra el derecho sustantivo.

Sin embargo, se observa que la Corte IDH, en el caso Barbarani y Duarte, ha utilizado la prohibición de trato arbitrario y prohibición de discriminación como sinónimos. En efecto, "la Corte concluye que se configuró un trato arbitrario o discriminatorio en perjuicio de las víctimas Alicia Barbarani Duarte y Jorge Marenales, puesto que el Estado no garantizó una debida motivación de las resoluciones del Banco Central...".

Asimismo, la CIDH, contra toda forma de discriminación e intolerancia, realiza un concepto de discriminación⁴⁸ que configura una prohibición de trato arbitrario.

Por ello, debe precisarse que dicho planteamiento no ayuda a solucionar el problema de la relativización en el sentido, que un determinado caso que afecte derechos convencionales se podría abordar como A.a) y B.b). Dado que, dicha división únicamente está pensada en la obligación de no hacer, es decir, “no discriminación” y “prohibición de trato arbitrario” son deberes de respeto.

Por ejemplo, en el caso Barbani Duarte, se concluyó que:

“... el Estado no garantizó una debida motivación de las resoluciones del Banco Central correspondientes a sus peticiones bajo el artículo 31 de la Ley 17.613 que permitieran constatar que los criterios para determinar la configuración del requisito de la ausencia del consentimiento fueron aplicados de manera objetiva, lo cual constituye una violación del derecho a un tratamiento sin discriminación, en relación con la garantía procesal de una debida motivación, protegidos en los artículos 1.1 y 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Alicia Barbani Duarte y del señor Jorge Marenales” (párr. 185).

Aquí se observa que el análisis del trato arbitrario de la señora Alicia Barbani Duarte y del señor Jorge Marenales fue en función del artículo 31 de la Ley 17 613; por lo tanto, debería ser observado bajo el examen del artículo 24, según la propuesta examinada, y aunado al artículo 8.1 de la CADH por aquejar un problema de debida motivación. No obstante, la Corte IDH consideró analizar en función del artículo 1.1 y 8.1 de la CADH. En consecuencia, se contribuye a la relativización.

Lo antedicho se genera debido a que la cláusula de obligaciones (artículo 1.1) — *prime facie* subordinada a los derechos convencionales que presuntamente se han

⁴⁸ “Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados partes”.

violado—. Se utiliza para determinar una violación de artículos y no para la atribución de responsabilidad de un Estado.

En ese sentido, la declaración del A.b) y B.a) claramente invisibiliza al artículo 1.1 para lo que ha sido creado; debido a que, según la clasificación de la CADH, el artículo 1.1 corresponde al capítulo I: Enumeración de deberes; artículo 1.1, obligación de respetar los derechos.

Adicionalmente existen artículos que contienen otros con la descripción de la cláusula de igualdad. Esto es, el derecho especial de igualdad que contiene particularmente un mandato de igualdad dentro de la norma adscrita. En ese sentido, se considera que la igualdad en su cláusula autónoma debería ser subsidiaria en dichos casos.

CAPÍTULO VI: LOS JUICIOS DE IGUALDAD UTILIZADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

En este capítulo corresponde comprobar que la diferencia entre la supuesta cláusula subordinada de igualdad (artículo 1.1) y la cláusula autónoma de igualdad (artículo 24) no han contribuido en desarrollar un adecuado análisis del principio de igualdad. Por el contrario, se ha relativizado dichas cláusulas y, en algunos casos, se ha examinado indistintamente o conjuntamente ambas cláusulas.

Sobre ello, hay que precisar una pequeña advertencia que hizo Böckenförde en su oportunidad cuando analizaba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán:

“Este inventario no debe realizarse de tal modo que la jurisprudencia del TCF sea cuestionada en su consistencia o inconsistencia metódica-interpretativa. Con toda probabilidad se obtendría fácilmente una prueba de la pluralidad y de la parcial alternancia de métodos. Pero más allá de esta comprobación no se obtendrían mayores resultados” (1993, p. 14).

En efecto, dado el problema de la concepción de igualdad, existe una gama de formas de abordar un juicio de igualdad que varía dependiendo “... del concepto y de la imagen del Estado” (Alexy, 1993: p. 407). Sin embargo, al ser la Corte IDH la

última esperanza de un justiciable que reside en uno de los Estados que ha ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH, “es una exigencia de racionalidad y de corrección que las normas adscritas no solo sean concretadas [...] sino también, que sean objeto de una fundamentación correcta” (Bernal, s/f: p. 55).

Se debe destacar “... la cuestión que está detrás: el método correcto de interpretación...” (Böckenförde, 1993: p. 14) convencional en cuanto al método para abordar los juicios de igualdad, en el ámbito de la justificación interna, “... derivación lógica del resultado argumentativo de las premisas que conforman su antecedente” (Portocarrero, s/f: p. 253). Se considera que el juicio de proporcionalidad no resulta suficiente para abordar un examen del derecho a la igualdad.

En ese sentido, el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH es examinada desde su primer caso contencioso hasta el 21 de noviembre de 2016. En estos casos se ha encontrado que la CIDH o los representantes de las víctimas han presentado alegatos sobre el principio de igualdad, ya sea en virtud del artículo 1.1 o el artículo 24. Por su parte, la Corte IDH ha emitido un pronunciamiento favorable o desfavorable, exceptuando las soluciones amistosas de los Estados o su aceptación de responsabilidad. Asimismo, está clasificado en dos grandes grupos relacionados a la obligación de respeto o de garantía en función del principio de igualdad.

6.1. Examen de igualdad utilizado por la jurisprudencia de la Corte IDH

6.1.1 Casos analizados en función de la obligación estatal de respeto (igualdad en la ley; igualdad formal; control convencional de la norma en función de la igualdad; Poder Legislativo; igualdad relativa al acto)

6.1.1.1 El juicio de igualdad frente a leyes discriminatorias para establecer responsabilidad estatal en la jurisprudencia de la Corte IDH

Al respecto, la Corte IDH exigía un daño a la víctima en concreto: si le había generado una afectación o daño, tal como lo describe la Opinión Consultiva N.º 14

(párr. 49). Por ejemplo, en su función contenciosa, la Corte IDH se abstuvo de conocer en abstracto sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar de Venezuela con la Convención Americana (Corte IDH, caso El Amparo: párr. 60), al no existir una víctima en concreto.

En ese sentido, los casos que se presentan a continuación demuestran el tópico, juicio de igualdad frente a leyes discriminatorias para establecer responsabilidad estatal en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua

El primer caso contencioso en el que se analizó el artículo 24 de la CADH fue en el caso Genie Lacayo contra Nicaragua, a inicios de 1997. La CIDH alegaba que los Decretos Ley N.º 591⁴⁹ y 600 vulneraban la igualdad ante la ley, dado que, “(...) ubicaban a los miembros del Ejército Popular Sandinista en un plano diferente frente al resto de la sociedad nicaragüense...” (párr. 52), al momento de investigar la comisión de delitos, presuntamente, cometidos por dichos militares.

Previamente en la resolución de excepciones preliminares presentadas por Nicaragua, la Corte IDH señaló: “La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto...” (párr. 50), declarando improcedente el pedido de incompatibilidad de los Decretos 591 y 600 y la Convención en abstracto solicitado por la CIDH (párr. 51). A pesar que se demostró una obstaculización de la justicia por parte de los militares (párr. 76), no se procedió la denuncia. Además, el artículo 18 del Decreto N.º 591 protegía a los militares que hayan cometido hechos punibles, sin importar la naturaleza del delito o que las víctimas fueran civiles, ya que los militares siempre serían procesados en el fuero militar y por disposiciones claramente arbitrarias.

⁴⁹Ley de Organización de la Auditoría Militar y Procedimiento Penal Militar Provisional, Decreto N.º 591, Nicaragua, 2 de diciembre de 1980.

Dichas disposiciones vulneraban el derecho a la igualdad porque realizó una diferenciación injustificada para los militares que cometan delitos que no eran de función, impidiendo se les procese en el fuero común. No obstante, el derecho fue invisibilizado por la Corte IDH por dicha discriminación legislativa.

Si bien, el problema se decantó por vulnerar la CADH en abstracto sin una víctima real, que por cierto "... posteriormente la Corte estimó que determinadas normas del derecho interno eran violatorias *per se* de la Convención Americana y ordenó a los Estados adoptar las medidas apropiadas" (Del Toro, s/f, p. 679). Lo cierto fue que no se abordó tal pedido frente al pedido de las víctimas de tutelar el derecho a la igualdad y pese a existir razones suficientes.

Caso Suárez Rosero vs. Ecuador

En el caso Suárez Rosero contra Ecuador, se declaró en abstracto la violación del artículo 2 de la CADH, al no garantizar el artículo 7.5⁵⁰ de la CADH.

Toda vez que, existía un artículo del Código Penal de Ecuador en el que se indicaba que las personas que estuvieran detenidas por un tiempo excesivo (ya sea sin sentencia, en la parte final del proceso penal en la parte inicial, o sin apertura o sobreseimiento, serían puestas en libertad con excepción a los procesados por delitos de tráfico ilícito de drogas, contemplados en la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

Frente a ello, la Corte IDH señaló que dicha "... excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados" (párr. 98), en el que se evita utilizar el término *discriminación*, debido

⁵⁰Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7, Derecho a la Libertad Personal, inciso 5.- *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

a que, despojar un derecho fundamental a una parte de un mismo grupo de población carcelaria es un acto discriminatorio.

Dicha distinción arbitraria de un mismo grupo (procesados sin condena), por un plazo excesivo de tiempo, resulta discriminatorio. Dado que no existe justificación para exceptuar cuando se vulnera derechos fundamentales. En el caso en concreto, es el plazo razonable para dejar a un grupo de la población en el mismo *status quo* de vulneración de derechos fundamentales.

Justificándose por ser procesados por el delito de tráfico ilícito de drogas, la ley trata de restituir un derecho a los procesados sin condena, por el excesivo plazo transcurrido, y por ser discriminados únicamente por la naturaleza del delito.

Sería diferente —como pasa en varios países, entre ellos, Perú— otorgar un plazo de prórroga de investigación a pedido del fiscal para determinados delitos, entre ellos, el tráfico ilícito de drogas por su naturaleza compleja.

En el caso en concreto, la razón subyacente de la norma era terminar con una afectación de derechos fundamentales de los procesados sin condena. Sin embargo, la ley no podía discriminar de forma arbitraria por la naturaleza del delito. Empero, la Corte IDH inobservó un enfoque de prohibición de discriminación en el artículo del código penal ecuatoriano, en relación con el grupo de procesados por el delito de tráfico ilícito de drogas privados del derecho humano contemplado en el artículo 7.5 de la CADH, los que no tendrían condena.

No existió una visibilización de la importancia de analizar dicha ley en virtud del artículo 24 del derecho a la igualdad, en el sentido de prohibir como técnica legislativa tratos arbitrarios en función del delito como política criminal.

Caso Acosta Calderón vs. Ecuador

La importancia de visibilizar dicha discriminación se reflejó en junio de 2005 cuando la Corte IDH resolvió el caso Acosta Calderón contra Ecuador. Al momento de analizar la violación del artículo 2, los representantes de las víctimas señalaron:

“c) en el Ecuador existe una determinación política de discriminar a los detenidos por los delitos relacionados con el narcotráfico y bajo tal contexto el señor Acosta Calderón fue víctima de tal política y de normas que permitían la discriminación” (párr. 129,c).

“f) el Tribunal Constitucional del Ecuador declaró la inconstitucionalidad del artículo 114 bis del Código Penal el 16 de diciembre de 1997. Sin embargo, si bien se declaró la inconstitucionalidad de dicha norma, el 18 de diciembre de 1997 se introdujo una reforma al Código de Ejecución de Penas en la que nuevamente se introdujo una disposición discriminatoria en perjuicio de la misma "categoría de inculpados" (párr. 129,f).

Asimismo la CIDH argumentó:

“a) el Estado violó los artículos 24 y 2 de la Convención debido al trato discriminatorio en contra del señor Acosta Calderón como persona acusada de violaciones a la ley sobre narcotráfico; y...” (párr. 128).

“b) una vez desestimados los cargos que se imputaban al señor Acosta Calderón en diciembre de 1993, no pudo recuperar su libertad porque el Artículo 121 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas prohibía la liberación de una persona tras la desestimación de los cargos “hasta que el dictamen fuera confirmado por el Tribunal Superior en el marco de una ‘consulta’ obligatoria. Además, el hecho de que, tras la condena, no se le liberara bajo palabra debido a una prohibición legal, constituyó un tratamiento discriminatorio, puesto que los demás integrantes de la población carcelaria, presos por delitos no clasificados en la ley de drogas, podían ser liberados de inmediato tras la desestimación de las acusaciones” (párr. 128).

Sin embargo, la Corte IDH reiteró que dicho artículo del código penal ecuatoriano en abstracto violaba el artículo 2 de la CADH. Una vez más se perdió la valiosa oportunidad de evidenciar el trato discriminatorio contra los procesados por el delito de tráfico ilícito de drogas y conexos.

Dicha inobservancia propició el voto razonado del entonces juez Cançado Trindade, el que señaló:

“... El referido artículo 114 bis, in fine, del Código Penal ecuatoriano, aplicado al presente caso, violó el artículo 2 de la Convención Americana precisamente por ser discriminatorio; violó, asimismo, por consiguiente, también el artículo 24 de la Convención Americana. Me aparto, pues, de la Corte, en este punto, por haber el Tribunal eludido la cuestión...” (Voto razonado, párr. 7).

Si bien es cierto, que el Estado de Ecuador declaró la inconstitucionalidad de dicha ley, el objetivo de las víctimas era evidenciar una política criminal de discriminación frente a los delitos de tráfico ilícito de drogas, justificados en la arbitrariedad.

Caso Yatama vs. Nicaragua

El primer caso en el que la Corte IDH declaró la violación el derecho a la igualdad fue el caso Yatama (Gonzales y Parra, 2008, p. 152). En él se analizó los derechos políticos, en su extremo, el derecho a ser elegidos a favor de las comunidades indígenas y étnicas, a favor de las candidaturas independientes.

En Nicaragua, nueve meses antes de las elecciones municipales, se promulgó la Ley N.º 331, en la que solo se permitía la participación en los procesos electorales a través de partidos políticos, una forma de organización política diferente al que utilizaba las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica (Corte IDH, caso Yatama: párr. 124.20).

“El 13 de junio de 2000 los representantes del Partido de los Pueblos Costeños (PPC), del partido Yatama y del Partido Indígena Multiétnico (PIM) constituyeron una alianza electoral mediante escritura pública...” (Corte IDH, caso Yatama: párr. 124.33).

Sin embargo, “... al quedar excluido el partido que se presentó en alianza con Yatama, este último, por sí solo, no cumplía el requisito de haber presentado candidatos en el 80 %” (Corte IDH, caso Yatama: párr. 221), según el artículo 82 de la Ley N.º 331 (Corte IDH, caso Yatama, párr. 124.24-124.25). Por tanto, se le impidió al partido Yatama de participar en las elecciones municipales de Nicaragua del año 2000.

Se debe precisar que la CIDH, en el sometimiento del caso a la Corte IDH, no consideró que se habría vulnerado el artículo 24 (igualdad ante la ley). No obstante, los representantes de las víctimas señalaron que el Estado discriminó a la

comunidad Yatama de su derecho de ser elegido, al colocar requisitos excesivos para la inscripción del partido Yatama según la Ley N.º 331 (Corte IDH, caso Yatama, párr. 179.f), y no garantizando así la igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos (Corte IDH, caso Yatama, párr. 179.i).

La Corte IDH mezcló indistintamente los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la CADH y los declaró violados. Señaló que: “se debe garantizar los derechos políticos, regulándolo en igualdad, además de adoptar medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, teniendo presente a los grupos vulnerables” (Corte IDH, caso Yatama, párr. 201). Esta fue la conclusión a la que llegó luego del análisis de la Ley N.º 331 en función de los artículos 23 y 24 de la CADH (Corte IDH, caso Yatama, párr. 203 - 205). Sin embargo, no se realizó el test de igualdad para determinar si fue un acto discriminatorio, “... distinción que carezca de justificación objetiva y razonable (Corte IDH, caso Yatama, párr. 185-186).

Además, la Corte IDH olvidó la diferencia entre el artículo 24 y el 1.1 de la CADH (la denominada cláusula autónoma de igualdad; y, la cláusula subordinada de igualdad). Esto evidencia que el método de argumentación, realizado por la Corte IDH, para evaluar el principio de igualdad, mezcló la utilización de los artículos 24 y 1.1.

Dado que la Ley N.º 331 daba un mismo trato y, en consecuencia, exigía los mismos requisitos de los partidos nacionales a los partidos regionales, no se adoptó medidas adecuadas para prevenir dichas diferencias en busca de una igualdad material. Incluso existían requisitos que no contemplaba la ley anterior y fueron exigidos en la práctica, ya que las víctimas pertenecían a un grupo vulnerable.

Aquí se comprueba la impertinencia de la diferenciación de cláusulas, debido a que según la Corte IDH, se pudo evaluar al artículo 24, los derechos políticos, y el artículo 1.1, prohibición de discriminación (cláusula subordinada que prohíbe la discriminación en los derechos políticos de un grupo vulnerable, en dicho caso concreto la categoría prohibida de discriminación era la etnia).

Una segunda opción sería analizar la Ley Electoral N.º 331 de Nicaragua en virtud del artículo 24 para determinar si dicha norma interna contiene disposiciones discriminatorias.

Caso Castañeda Gutman vs. México

En el caso Castañeda Gutman, si bien existía una diferenciación legislativa, la Corte IDH señaló que “... las elecciones locales y las federales no son comparables, de modo que no es posible concluir que las diferencias de organización entre unas y otras, sean discriminatorias y violen el derecho a la igualdad ante la ley” (párr. 212), en referencia al artículo 24 de la CADH.

Dos cosas importantes de resaltar que coadyuvan a la teoría desarrollada en la presente investigación son: a) la Corte IDH no realiza una diferenciación entre discriminación y trato arbitrario, al conceptualizar la discriminación como “... diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos” (párr. 211); y, b) la Corte IDH recoge la doctrina del *tertium comparationis* válido con la finalidad de iniciar el examen de igualdad.

6.1.2 Casos analizados en función de la obligación estatal de garantía (igualdad en la aplicación de la ley; igualdad fáctica; el deber de adoptar medidas especiales en función de la igualdad; Poderes Judicial y Ejecutivo; igualdad relativa al resultado)

6.1.2.1 El juicio de igualdad frente a acciones arbitrarias realizadas por el Estado

En concreto existen once casos en los que se analizaron una presunta acción estatal discriminatoria. De estos, siete⁵¹ casos se declararon fundados indistintamente con los artículos 1.1 y 24. Además, cuatro⁵² casos fueron declarados infundados.

⁵¹Corte IDH: casos López Álvarez vs. Honduras, Barbanie Duarte vs. Uruguay, Atala Riffo vs. Chile, Norín Catrimán vs. Chile, Granier y otros vs. Venezuela, Canales Huapaya vs. Perú, Duque vs. Colombia.

Caso López Álvarez vs. Honduras

En concreto, con este caso se examinó el accionar del Estado, representado por el Centro Penal de Tela, que consistió en prohibirle en usar su lengua materna al señor López Álvarez en el reclusorio. Dicha medida no fue justificada por el Estado, y tampoco alegó razones de seguridad.

La Corte IDH consideró a la lengua materna como un elemento de identidad de la víctima (Corte IDH, caso López A., párr. 169, 171), principalmente, cuando el señor López Álvarez pertenece a una comunidad indígena. En concreto, la Corte IDH señaló que dicho acto fue discriminatorio al restringir el ejercicio de la libertad de hablar garífuna (Corte IDH, caso López A.: párr. 172). En este caso tampoco se realizó la diferenciación de las cláusulas de igualdad y se declaró la violación de los artículos 12 y 24 en relación con el 1.1 en perjuicio del señor López Álvarez.

La Corte IDH no diferenció la cláusula autónoma y la subordinada, al declarar la violación de los artículos 13, 24 y 1.1 (Corte IDH, caso López A., párr. 174). Esto originó además la relativización de dichas cláusulas, toda vez que, se podría analizar únicamente al artículo 1.1 subordinado al artículo 13, o se podría analizar el artículo 24 de forma independiente, al ser producto de una aplicación de la ley en sede interna la discriminación.

Caso Norin Catriman vs. Chile

En este caso fueron ocho dirigentes pertenecientes a la comunidad Mapuche, los que fueron procesados por el delito de terrorismo cuando solo trataban de reivindicar sus tierras.

En el mencionado caso, se analizó acciones del órgano judicial que vulneraba la igualdad ante la ley y las garantías judiciales. La Corte IDH observó “un total de 19

⁵²Corte IDH: casos Apitz vs Venezuela, Ibsen Cárdenas vs. Bolivia, Perozo vs. Venezuela, Ríos vs. Venezuela.

causas bajo la ley antiterrorista, de las cuales 12 se relacionan a reivindicaciones de tierras de grupos mapuche” (Corte IDH, caso Norin Catriman, párr. 217). Sin embargo, por falta de elementos probatorios, no se determinó una aplicación selectiva de carácter discriminatorio (Corte IDH, caso Norin Catriman, párr. 219).

La utilización de estereotipos para argumentar sus sentencias sí fue consideradas como discriminatorias, por lo que se vulneró el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. Se precia que ambos artículos se vinculan y *prime facie* son protectores de diferentes supuestos. Estas son diferencias que la Corte IDH siempre ha realizado con relación a la autonomía del artículo 24 y la dependencia del artículo 1.1.

Caso Karen Atala vs. Chile

Se analizó presuntamente el acto discriminatorio a una jueza homosexual en el proceso de tuición de sus menores hijas y en su trabajo dentro de la judicatura . Lo que se analizó fue si existía: a) una diferencia de trato basada en la orientación sexual, b) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación (Corte IDH, caso Atala R.: párr. 77).

La Corte IDH identificó que tanto el proceso de tuición en la corte suprema se desarrollaron argumentos en contra por su orientación sexual, y en la decisión de tuición provisoria también se utilizó la orientación sexual de la Jueza (Corte IDH, caso Atala R., párr. 96-98). Es decir, la Corte IDH comprobó sí que existía una diferenciación, por lo que prosiguieron analizar si se encontraba justificada con la finalidad de que se configure la discriminación.

En ese sentido, la Corte IDH desmitificó las justificaciones del interés superior del niño (Corte IDH, caso Atala R., párr. 110), la discriminación social (Corte IDH, caso Atala R., párr. 122), producto de la orientación sexual de la mamá.

Resulta curioso señalar que la Corte IDH indicó que el Tribunal de Chile no cumplió los requisitos de un test estricto de análisis de un daño en concreto (Corte IDH, caso

Atala R., párr. 131); ya que, se puede desprender una obligación de aplicar el test estricto en casos similares. Cabe recalcar que la Corte IDH declaró la violación del artículo 24 en relación con el artículo 1.1. Además se reconoció que el impacto también afectó a sus menores hijas en relación de los artículos 24, 19 y 1.1 (Corte IDH, caso Atala R., párr. 155-156).

Finalmente, se sancionó un acto discriminatorio adicional: el de iniciar una investigación administrativa disciplinaria por la calidad de jueza únicamente por la orientación sexual de la magistrada. También la Corte IDH declaró la violación del artículo 24 en relación con el artículo 1.1 (Corte IDH, caso Atala R., párr. 222- 223), nuevamente sin establecer de forma clara la diferencia entre ambas cláusulas, las y declarando sin ello la violación de la prohibición de la discriminación.

Caso Duque vs. Colombia

En este caso, frente a la restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia de una persona de orientación sexual diferente, el Estado alegó la reparación y cesación del daño, a través de la sentencia T-051 y C-336 que permiten lo solicitado.

No obstante, el accionar que resulta como evaluación de un presunto acto discriminatorio, ya que el Estado señaló "... no existe la certeza en cuanto al hecho de que ese sería el criterio que seguiría la aseguradora" (Corte IDH, caso Duque, párr. 136), con relación a los efectos retroactivos para el pago de su pensión hasta el momento en el que la víctima fue discriminada.

En ese sentido, la falta de certeza fue configurado como que "... el ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no habría sido subsanado en su totalidad..." (Corte IDH, caso Duque, párr. 137). El pago de su pensión desde que inicio el trato discriminatorio (2002), no necesariamente iba ser entregado retroactivamente. Por ello se declaró la violación por no haberle permitido acceder a la pensión al señor Duque en condiciones de igualdad, siendo responsable internacionalmente por el artículo 24 en relación con el artículo 1.1.

Caso Granier vs. Venezuela

El presunto acto discriminatorio que se evaluó fue la no renovación de las licencias del canal RCTV, a diferencia de todos los demás canales que sí renovaron.

La Corte IDH determinó que se debería invertir la carga de la prueba al configurarse la “opinión política” como una categoría prohibida de discriminación, en la que principalmente se exige dos actos: “a) fundamentación rigurosa y de mucho peso” (Corte IDH, caso Granier, párr. 228); y, b) inversión de la carga de la prueba (Corte IDH, caso Granier, párr. 228).

La Corte IDH resuelve “... al realizar el gobierno un trato diferenciado basado en el agrado o disgusto que le causaba la línea editorial de un canal [...] impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad...” (Corte IDH, caso Granier: párr. 234). Por tanto, se declaró la violación de los artículos 13 y 1.1.

Hay que destacar que en todos los casos, la Corte IDH no realiza dicha exigencia al Estado, dado que, en el caso concreto, se eligió realizar un escrutinio estricto en función de una categoría prohibida. Sin embargo, en los casos Ríos y Perozo no se eligió realizar dicho escrutinio estricto. En ese sentido, resulta necesario modificar el examen de igualdad a uno nuevo que exija una racionalidad en el método y uniformidad para abordar los casos relacionados a la igualdad.

Caso Perozo vs. Venezuela

El acto estatal presuntamente discriminatorio consistió en “... separar y excluir del acceso a la información a determinados medios, como Globovisión [...] crítica a la gestión gubernamental” (Corte IDH, caso Perozo, párr. 378).

La Corte IDH determinó que se configuraba una categoría sospechosa, la opinión política, ya que estableció “... es posible que las personas vinculadas a Globovisión pudieran quedar comprendidas en la categoría de “opiniones políticas” contenida en

el artículo 1.1 de la Convención y ser discriminadas en determinadas situaciones” (Corte IDH, caso Perozo, párr. 380).

No obstante, la Corte no siguió un escrutinio estricto como lo planteó en el Caso Granier contra el mismo Estado. Por el contrario, se declaró infundado el pedido al señalar “... la prueba ofrecida es insuficiente para demostrar este hecho, en particular el impedimento del acceso a las presuntas víctimas a las fuentes oficiales” (Corte IDH, caso Perozo: párr. 393). En ese sentido, cobra relevancia lo que se pretende demostrar en la presente investigación.

Caso Ríos vs. Venezuela

Los hechos alegados fueron similares al Caso Perozo contra Venezuela. En este caso, se acusó al Estado por los impedimentos estatales que alegaron las víctimas para acceder a las fuentes oficiales de información. Para probar ello, primero se debió probar dichas restricciones y, en segundo lugar, correspondió al Estado justificar el trato arbitrario para algunos periodistas del acceso a dichas fuentes — claro está, en ese orden—. Pese haberlos reconocido como una categoría prohibida de discriminación de las opiniones políticas (Corte IDH, caso Ríos, párr. 349), se declaró infundado el pedido.

Caso Ibsen Cárdenas vs. Bolivia

El hecho alegado por la víctima fue que dos situaciones: a) A diferencia del caso Trujillo Oroza contra Bolivia, el Estado reconoció la responsabilidad internacional mediante solución amistosa otorgando una pensión vitalicia, sin embargo, en el presente caso se no adoptó la misma opción. b) Asimismo, se alegó que no recibió el apoyo de la defensoría del pueblo.

La Corte IDH señaló frente a los hechos alegados en el primer punto (a) que dichos hechos “... no forman parte de base fáctica de la demanda. Por lo tanto, el Tribunal no los analizará ni se pronunciará al respecto” (Corte IDH, caso Ibsen Cárdenas: párr. 228). Por otro lado, frente a los hechos alegados en el segundo punto (b) “... es

demasiado general y que no brinda sustentación suficiente para permitir a la Corte pronunciarse sobre la alegación alegada” (Corte IDH, caso Ibsen Cárdenas: párr. 230).

En relación con los argumentos expuestos por la Corte IDH respecto al primer punto no resultan razonables, debido a que los hechos de otro caso no tienen por qué estar en la plataforma fáctica del caso en concreto. Para analizar ello, se debió utilizar la doctrina del *tertium comparationis* con la finalidad de evaluar los argumentos planteados por los representantes de las víctimas.

Caso Canales Huapaya vs. Perú

Los hechos planteados por los representantes de las víctimas consistieron en un supuesto trato desigual respecto de otros trabajadores cesados. Sin embargo, la Corte determinó que los casos planteados por las víctimas eran supuestos diferentes. En concreto, la Corte IDH señaló que “... no son casos cuyas circunstancias de hecho, procedimientos judiciales y alegatos ante las instancias internas sean iguales a las de las víctimas del presente caso...” (Corte IDH, caso Canales H.: párr. 128).

Al respecto, se debe mencionar que si la Corte IDH exigiera un término de comparación válido con determinados requisitos, permitiría lo siguiente: a) no quede a discrecionalidad de la Corte IDH evaluar los hechos que se presentan como término de comparación, como en el caso Ibsen Cárdenas; b) los mismos peticionarios podrían desestimar sus términos de comparación que no cumplan los requisitos; y c) la Corte IDH podría evaluar de manera más óptima tratos arbitrarios invisibilizados en sede interna.

Caso Apitz Barbera vs. Venezuela

Si bien los hechos alegados tienen una parte de acto discriminatorio por parte del Estado, también se alega una aplicación arbitraria de la norma. No obstante, se prioriza el supuesto acto discriminatorio realizado por el Estado.

Cinco jueces integrantes de una corte de Venezuela fueron encontrados responsables en un procedimiento administrativo sancionador por emitir una sentencia con un error judicial inexcusable (Corte IDH, caso Apitz, párr.191).

Sin embargo, en el caso de las juezas Marrero y Morales no se aplicó la sanción sino que se jubilaron. Al respecto, se precisa:

“[e]ste trato discriminatorio refleja que, o no hubo tal ‘error judicial inexcusable’ y que todo no fue más que un pretexto para seguir adelante con la depuración ideológica del [P]oder Judicial, o que quienes incurrieron en dicho error no gozaron de la igual protección de las leyes y no tuvieron acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas” (Corte IDH, caso Apitz, párr.186).

No obstante, la Corte IDH reconoció que “... los cinco magistrados debían considerarse como idénticamente situados frente al proceso disciplinario” (Corte IDH, caso Apitz, párr. 200), empero la Corte IDH pensó que la exigencia era sancionar a los que no fueron sancionados.

“La constatación de un trato desigual violatorio de la Convención no implica que el Tribunal resuelva la situación jurídica de las dos magistradas ajenas al procedimiento ante la Corte...” (Gonzales y Parra, 2008: p. 141) sino solo la atribución de responsabilidad del Estado. No obstante, la Corte IDH declaró que no se vulneró el artículo 24 de la CADH (Corte IDH, caso Apitz: párr. 200).

Se debe precisar que un supuesto de trato arbitrario, como lo que sucedió en el presente caso, algunos autores lo diferencian con la prohibición de la discriminación en función de las categorías prohibidas.

En efecto, Oscar Parra y Marianne Gonzales señalaron que respecto al caso en análisis: “[L]a Corte omitió entender el trato arbitrario como violación del derecho a la igualdad” (p. 141). Se precisó que:

“... no nos encontramos frente a un grupo social sistemáticamente marginado, sino frente a una diferenciación que se hace en base a una mera clasificación legal entre “jueces que cumplen con los requisitos para jubilarse” y “jueces que no cumplen dicho requisito”” (2008: p. 142).

Por ende, consideran que se debió declarar la violación del artículo 24 en función de la prohibición de trato arbitrario y, por el contrario, señalan que el artículo 1.1 solo examina a la prohibición de discriminación en función de las categorías prohibidas. Sin embargo, la Corte IDH no recoge dicha diferenciación como se observa en el análisis del caso Barbani Duarte contra Uruguay.

Caso Barbani Duarte vs. Uruguay.

En este caso, un grupo de ahorristas del Banco de Montevideo, que *prima facie* no pertenecían a ninguna categoría prohibida de discriminación "... aleg[ó] un supuesto tratamiento arbitrario y discriminatorio por parte del órgano administrativo encargado de resolver sus peticiones..." (Corte IDH, caso Barbani, párr. 175).

En dicho análisis, "la Corte concluye que se configuró un trato arbitrario o discriminatorio en perjuicio de las víctimas Alicia Barbani Duarte y Jorge Marenales, puesto que el Estado no garantizó una debida motivación de las resoluciones del Banco Central..." (Corte IDH, caso Barbani: párr. 185). En este caso, se observa que para la Corte IDH trato arbitrario y discriminación son idénticos. Asimismo, también se comprueba claramente la relativización de la forma en abordar el derecho a la igualdad ante la ley planteada por la Corte IDH.

En efecto, la decisión administrativa se estableció en virtud del artículo 31 de la Ley 17 613, por lo que, según lo definido por la Corte IDH, el artículo 24 hubiera permitido dicho enfoque.

Sin embargo, la Corte IDH decidió utilizar la indebida motivación contemplada en el artículo 8.1 con la cláusula subordinada de prohibición de discriminación del artículo 1.1, en la que inclusive las víctimas no pertenecían a ninguna categoría prohibida de discriminación establecida en el artículo 1.1.

6.1.2.2 El juicio de igualdad frente a la aplicación de la norma de forma arbitrariamente

En principio, la Administración se encuentra clasificada para el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. Según la teoría planteada por la Corte IDH, tendría que ser analizada en virtud del artículo 24; sin embargo, se comprobará que dicha distinción en la práctica no existe, y por el contrario, en algunos casos se analiza en virtud del artículo 1.1 de la CADH.

Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana

En República Dominicana, el 13 de marzo de 1985 y el 15 de abril de 1996, nacieron las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, de madres dominicanas y de padres haitianos. Posteriormente, a través de la inscripción tardía de nacimiento, cuando Dilcia Yean tenía 10 meses de edad y Violeta Bosico tenía 12 años, sus padres decidieron registrar sus nacimientos. Sin embargo, dichas solicitudes de inscripción fueron rechazadas por el Estado, ya que consideró que no se cumplió con los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento de los menores de 13 años de edad.

Constitucionalmente, República Dominicana estableció y establece el principio del *ius soli*⁵³, principio en el que señala que la nacionalidad se determina de acuerdo con el territorio de nacimiento. En la Constitución de 1994 (artículo 11⁵⁴) y en la promulgada en el 2010 (artículo 18⁵⁵) se reconocen el mencionado principio.

Sin embargo, la Junta Central Electoral y la Secretaría de Estado de Educación desconocían este principio y solicitaron los requisitos para la inscripción tardía de

⁵³Derecho de lugar.

⁵⁴Constitución Política de República Dominicana, 1994, artículo 11. *Son dominicanos: Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que están de tránsito en él.*

⁵⁵Constitución Política de República Dominicana, 2010, artículo 18. 3) *Las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas.*

nacimiento de menores, discrecionalmente. A unos solo solicitaban cinco requisitos y a otros hasta doce requisitos como ocurrió en el caso de las niñas Yean y Bosico.

Al respecto, la Corte IDH abordó los artículos 19, 20, 24°, 3, 18 y 1.1 de forma conjunta (Corte IDH, caso Niñas Yean y Bosico, párr. 131), sin realizar una mínima motivación de dicha forma de argumentación. Asimismo, no realizó el juicio de igualdad sino solo indicó que "... el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación..." (Corte IDH, caso Niñas Yean y Bosico, párr. 141) obliga a que el otorgamiento de la nacionalidad no debe ser discriminatoria o con efectos discriminatorios en los grupos de la población cuando ejerzan sus derechos (Corte IDH, caso Niñas Yean y Bosico, párr. 141). Sino que se debe combatir las prácticas discriminatorias en los órganos públicos y adoptar las acciones positivas para garantizar una igualdad material (Corte IDH, caso Niñas Yean y Bosico, párr. 141).

La Corte IDH precisó dos puntos: a) un extranjero que desarrolla vínculos con el Estado no puede ser un transeúnte, ya que las mamás de las niñas eran dominicanas y las niñas nacieron en el país; y, b) las niñas no presentaban condición alguna que las diferenciase de las demás niñas de República Dominicana (Corte IDH, caso Niñas Yean y Bosico, párr. 157 - 165).

La Corte IDH concluyó de manera empírica que, al haberse aplicado requisitos distintos para obtener la nacionalidad de menores de 13 años en República Dominicana, el Estado actuó sin criterios razonables u objetivos y de forma contraria al interés superior del niño, por lo que constituyó un tratamiento discriminatorio (Corte IDH, caso Niñas Yean y Bosico: párr. 166).

La Corte IDH no observó la aplicación del juicio de igualdad sino que solo hizo referencia a los criterios de razonabilidad y objetividad, sin desarrollarlos. Se debe señalar que la Corte IDH estableció que "la ley no debe otorgar una discrecionalidad amplia al funcionario del Estado que los aplica, porque de ser así se crearía un

espacio para la aparición de actos discriminatorios” (Corte IDH, caso Niñas Yean y Bosico, párr. 191).

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana

En este caso, señala que la Corte IDH, tanto la Ley N.º 169-14 como la sentencia TC/0168/13, señala que tienen una interpretación irregular al “... considerar extranjeras a las personas nacidas en territorio dominicano que sean hijas de extranjeros en situación irregular” (Corte IDH, caso personas dominicanas y haitianas expulsadas, párr. 323), por lo que dicha ley es considerada como un “obstáculo a la plena vigencia del derecho a la nacionalidad de las víctimas” (Corte IDH, caso personas dominicanas y haitianas expulsadas: párr. 324).

Por tanto, la Corte IDH concluye que son “... insuficientes los argumentos plasmados en la sentencia TC/0168/13, pues no permiten dilucidar cuál es el fin perseguido con la disposición analizada y, por lo tanto, impiden apreciar la razonabilidad y proporcionalidad de la misma” (Corte IDH, caso personas dominicanas y haitianas expulsadas: párr. 317).

La aplicación de la norma por parte del tribunal generó un trato discriminatorio al no existir una justificación razonable. Además, también declara la violación por omisión del artículo 2 en relación con el artículo 24, Por ello, la Corte IDH señaló “... incumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno” (Corte IDH, caso personas dominicanas y haitianas expulsadas: párr. 325), vinculados a los derechos de nacionalidad, personalidad jurídica, nombre, con relación a las obligaciones del artículo 1.1.

Así se evidencia lo confuso que puede resultar en la práctica utilizar el artículo 1.1 sobre las obligaciones internacionales de los Estados para determinar la violación de un derecho, cuando se encuentra configurado para atribuir la responsabilidad del Estado.

Asimismo, si se reduce el artículo 24 al análisis legal nacional de normas o aplicación de normativa arbitraria —“derecho de igual protección de la ley, y es aplicable en el caso de que la discriminación se refiera a una protección desigual de la ley interna o su aplicación” (Corte IDH, caso personas dominicanas y haitianas expulsadas, párr. 262)—, puede colisionar con el principio de subsidiariedad o encontrarse dentro de las obligaciones del artículo 2 de la CADH.

Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador

Se alegó que, en aplicación de la Ley de Ascenso Militar, se otorgó ascenso a otros oficiales superiores; sin embargo, no se procedió de igual forma en el caso del Coronel Mejía Idrovo (párr. 120). La Corte IDH señaló que el peticionario “... no cuenta con elementos suficientes para establecer, a la luz de la Convención Americana si hubo una protección desigual de la ley interna” (párr. 121).

En concreto, las pruebas específicas que solicitaba la Corte IDH, entre otros, eran: a) “situación de los otros solicitantes que participaron en el proceso de calificación” (párr. 121), y b) “nombres y los criterios técnicos que les fueron aplicados, en cada caso, para su ascenso” (párr. 121). Por tanto, se evidencia la necesidad de requerir términos de comparación válidos en dichos casos.

Caso Flor Freire vs. Ecuador

El señor Homero Flor Freire fue un oficial de las Fuerzas Armadas de Ecuador, que fue despedido luego de iniciarle un procedimiento administrativo sancionador, en el que se le acusaba de haber tenido actos homosexuales dentro de las instalaciones, falta que se sancionaba con la destitución. Sin embargo, los actos sexuales heterosexuales tenían una sanción menor a la destitución. Por tanto, el acto correspondía a determinar responsabilidad internacional del Estado, “... en virtud del alegado carácter discriminatorio de la norma aplicada al señor Flor Freire” (párr. 103).

Al respecto, la Corte IDH señaló "... que la mayor sanción para los actos sexuales homosexuales, que fue aplicada al señor Flor Freire y el hecho que estos se sancionaran aun fuera del servicio constituyen distinciones discriminatorias..." (párr. 138).

Si bien la Corte IDH identificó que el examen debía hacerse en virtud del artículo 24 de la CADH, la Corte IDH precisa al momento de especificar la diferenciación:

"Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana **en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención**" (párr. 112). (El resaltado es nuestro).

No obstante, en anteriores casos, la corte tenía un límite. Por ejemplo, en el caso Apitz contra Venezuela, la Corte IDH precisaba: "**Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24.** Dado que los alegatos en el presente caso se refieren a una supuesta discriminación..." (Corte IDH, caso Apitz contra Venezuela: párr. 209). (El resaltado es nuestro).

Y si con relación a la cláusula subordinada en el reciente caso se señala "... si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión" (Corte IDH, caso Flor Freire contra Ecuador: párr. 112). Resulta evidente la inconsistencia de la diferenciación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH.

6.1.2.3 El juicio de igualdad frente al acceso a la justicia

En concreto, la Corte IDH, a través de su jurisprudencia, ha hecho referencia al acceso a la justicia en contexto de estereotipos utilizados, grupos vulnerables, contextos de discriminación. En los siguientes ocho casos que desarrollan se alegaron que la discriminación influía en el acceso a la justicia donde todos se declararon fundados, visibilizando el grupo vulnerable de la mujer, los migrantes y las comunidades indígenas.

Se corresponde analizar si en principio se declaró la violación del 8 y 25 de la CADH, como se realiza el análisis en función de la igualdad. Además se debe observar si se llegó a relativizar la cláusula de igualdad para demostrar la teoría que se desarrolla en la presente investigación.

Caso Campo algodnero vs. México

La Corte IDH determinó que “... en Ciudad de Juárez existe una ‘cultura de discriminación’ que influyó en los homicidios de las mujeres en Ciudad de Juárez” (Corte IDH, caso Campo Algodonero: párr. 399). Junto con los estereotipos de género, la Corte IDH señaló “... la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declara que el Estado el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 [...] en relación con el acceso a la justicia...” (Corte IDH, caso Campo Algodonero: párr. 402).

Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay

La Corte IDH señaló: “[L]os Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existente en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas...” (Corte IDH, caso Xákmok Kásek: párr. 271).

Por tanto, la Corte IDH describió como causante de la situación de dicha comunidad indígena al Estado por no contar con “... recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas” (Corte IDH, caso Xákmok Kásek: párr. 273).

En ese sentido, la Corte IDH concluye en que “[t]odo lo anterior evidencia una discriminación de *facto* en contra de los miembros de la comunidad Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos que el Tribunal declara violados” (Corte IDH, caso Xákmok Kásek: párr. 271), entre ellos, el artículo 1.1 con relación al artículo 8.1 y 25.1.

Caso Fernández Ortega vs. México

En similar posición, la Corte IDH estableció "... la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma [...] implicó [...] un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Fernández basada en su idioma y etnicidad" (Corte IDH, caso Fernández, párr. 201). Se debe destacar que se vinculó con "un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia..." (Corte IDH, caso Fernández, párr. 201).

En ese sentido, la Corte IDH concluye "... el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1..." (Corte IDH, caso Fernández: párr. 201).

Caso Rosendo Cantú vs. México

El caso se trató de la agresión y abuso sexual que sufrió la señora Valentina Rosendo Cantú por ocho militares, en el estado de Guerrero en México. Pese a las denuncias, la investigación no se realizó de forma eficiente.

En ese sentido, reiterando su jurisprudencia, la Corte IDH señaló que la señora Rosendo Cantú: a) "no contó con un intérprete provisto por el Estado..."; y, b) "... tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia" (Corte IDH, caso Rosendo: párr. 185).

Por tanto, la Corte IDH concluyó que "... el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25..." (Corte IDH, caso Rosendo: párr. 185), relacionado con el artículo 1.1.

Caso Vélez Loor vs. Panamá

En concreto, el peticionario era un migrante irregular privado de su libertad. La Corte IDH indicó "... las medidas necesarias que los Estados deben adoptar para garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia de las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada" (Corte IDH, caso Vélez Loor: párr. 254).

Al respecto, el señor Vélez no contó con el derecho a la asistencia consular, y la letrada y tampoco ejercer los recursos internos, por lo que "... el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana" (Corte IDH, caso Vélez Loor: párr. 254), relacionado con el artículo 1.1.

Caso Veliz Franco vs. Guatemala

En concreto, la Corte IDH examinó la "... discriminación y falta de investigación con perspectiva de género" (Corte IDH, caso Vélez Franco: párr. 190). Al respecto, la Corte IDH reiteró que a) "... la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad [...] lo que favorece su perpetuación..." (Corte IDH, caso Vélez Franco: párr. 208); y, b) "... la existencia de prejuicios y estereotipos sobre el rol social de las mujeres" (Corte IDH, caso Vélez Franco: párr. 212).

Además se valoró que en la propia investigación que se omitieron pruebas para determinar la violencia sexual y que existía en Guatemala un aumento de homicidios en contra de mujeres.

No obstante, lo resuelto fue similar en los anteriores cinco casos descritos, es decir, la vulneración del artículo 1.1 en relación con el artículo 8.1 y 25.1. La Corte modificó el sentido de la declaración de responsabilidad estatal y comprobó la relativización del artículo 1.1 y 24 de la CADH.

Al respecto, se establece:

“Los hechos del presente caso comprenden ambas modalidades de discriminación y por lo tanto no se hace necesario realizar una distinción, por la cual la Corte considera que se ha violado tanto el derecho a la igual protección de la ley (artículo 24) como el deber de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la Convención Americana (artículo 1.1)” (Corte IDH, caso Vélez Franco: párr. 215).

Caso Gladys Espinoza vs. Perú

El caso se encuadra en el contexto del conflicto armado entre el Estado y Sendero Luminoso. El 17 de abril de 1993, la señora Gladys Carol Espinoza Gonzáles fue detenida por la Policía Nacional y condenada hasta la actualidad por el delito de terrorismo. Durante ese tiempo, la señora Gladys Espinoza denunció maltrato físico y violación sexual. A pesar de que la Corte IDH evidenció la violencia contra la mujer en el contexto de dicho conflicto, el caso no tuvo una adecuada investigación.

En este caso, la práctica discriminatoria de violencia y violación sexual se analizó de manera separada con el derecho a las garantías judiciales y protección judicial, lo que se ha denominado un acceso a la justicia contrario a lo desarrollado en anteriores casos.

Al respecto, la Corte IDH precisó que “... los agentes estatales utilizaron la violencia sexual y la amenaza de violencia sexual en contra de Gladys Carol Espinoza Gonzáles como estrategia en la lucha contra el mencionado grupo subversivo” (Corte IDH, caso Gladys Espinoza, párr. 229).

Por tanto, “... la Corte determina que el haber sometido a la señora Espinoza a dicha práctica generalizada constituye discriminación individualizada por su condición de mujer, en violación del artículo 1.1 de la Convención Americana en su perjuicio...” (Corte IDH, caso Gladys Espinoza: párr. 229). Esto se vincula al derecho a la integridad y honra y dignidad.

Caso Velásquez Paiz vs. Guatemala

En el caso Velásquez Paiz también se evidenció el contexto de violencia de género en Guatemala. El hecho consistió del asesinato de la señora Claudina Velásquez

Paiz (19 años). En la escena del crimen tenía indicios de que la víctima sufrió una violación. Pese a que los familiares denunciaron su desaparición, su búsqueda no se realizó con la debida diligencia; tampoco con la investigación de los responsables de dicho delito.

En concreto, la Corte IDH determinó "... a causa de los prejuicios y las manifestaciones discriminatorias basadas en estereotipos de género de los agentes estatales que intervinieron en la investigación, se omitió conducir la investigación desde un enfoque de género" (Corte IDH, caso Velásquez Paiz: párr. 196). La muerte de Claudina Velásquez fue examinada como un simple homicidio.

Asimismo, la Corte IDH confirmó lo planteado en relación con la relativización e innecesaria diferenciación entre los artículos 1.1 y 24 planteado en la presente investigación; es decir, "... los hechos del presente caso comprenden ambas modalidades de discriminación y, por lo tanto, no se hace necesario realizar una distinción" (Corte IDH, caso Gladys Espinoza: párr. 199).

La conclusión de la Corte IDH es: "[t]odo lo anterior, constituyó violencia contra la mujer y una forma de discriminación en el acceso a la justicia por razones de género" (Corte IDH, caso Gladys Espinoza: párr. 200). Dicho de otro modo, se podría examinar en virtud de la supuesta cláusula subordinada del artículo 1.1° y el artículo 25 de la CADH. Asimismo, también se podría expresar el examen en función de la supuesta cláusula autónoma de igualdad, 24 de la CADH y las normas internas de acceso a la justicia.

6.1.2.4 El juicio de igualdad frente a cláusulas especiales de igualdad

En concreto, en la presente subclasificación dentro de los casos analizados en función de la obligación estatal de garantía, se observa el problema de cómo se debe proceder en los casos en que las disposiciones contengan una exigencia de igualdad. Las cláusulas especiales de igualdad se deberían abordar en relación de la cláusula general de igualdad. Si ello se desarrolla en función del artículo 1.1 o del

artículo 24. Por el contrario, en dichos casos, la aplicación de la cláusula general de igualdad debería ser subsidiaria.

En los casos resueltos por la Corte IDH se ha analizado la permanencia en condiciones de igualdad en las funciones públicas, contemplado en el artículo 23.1.c de la CADH.

Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela

En este caso, se alegó que las condiciones generales de acceso y permanencia entre jueces provisorios y titulares no son iguales en Venezuela. Al respecto, la Corte IDH no mencionó al principio general de igualdad, únicamente lo analizó en función del artículo 23.1.c.

No obstante, la Corte IDH precisó que los alegatos ya habían sido evaluados en: a) el principio de independencia judicial en relación con la libre remoción de jueces provisorios y temporales, b) deber de motivación y derecho a la defensa; y, c) efectividad de los recursos (Corte IDH, caso Chocrón Chocrón, párr. 136).

Caso Quintana Coello vs. Ecuador

Los hechos alegados, en este caso, son la remoción arbitraria de veintisiete magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador.

Al respecto, la Corte IDH expresó "... la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial y la consecuente afectación a la independencia judicial, en perjuicio de las 27 víctimas" (Corte IDH, caso Quintana Coello, párr. 180), toda vez que, el Congreso Nacional fue el que realizó dichos despidos cuando no tenía competencia para ello.

Un segundo hecho que se alegó como discriminatoria fue el impedimento de acceder al recurso de amparo constitucional. El Estado de Ecuador reconoció la responsabilidad internacional por dicho acto en función del artículo 24; no obstante,

la Corte IDH señaló que tal hecho se configura como una violación del artículo 25 en función de la protección judicial.

Un tercer hecho que se alegó fue que el "... nombramiento de los nuevos magistrados resultó ser un trato desigual arbitrario frente a los magistrados cesados y no elegidos nuevamente..." (Corte IDH, caso Quintana Coello: párr. 197), sin embargo, se desestimó por falta de pruebas. Por consiguiente, no se vulneró el artículo 24 de la CADH.

Caso Camba Campos vs. Ecuador

Los hechos de este caso fueron similares al caso Quintana Coello, dado que se cuestionó el cese de vocales realizado por el Congreso Nacional de Ecuador.

Adicionalmente, la Corte IDH precisa que:

"... si bien se alegó que algunos vocales que habían sido cesados por los problemas de designación por plancha fueron nuevamente elegidos en el Tribunal Constitucional por su cercanía política con el Gobierno, las pruebas presentadas son insuficientes para efectuar una valoración sobre si existió discriminación por motivos políticos en el presente caso, teniendo en cuenta que no se expone ni analiza en detalle el procedimiento de nombramiento de aquellos vocales que presuntamente habrían sido objeto de favoritismo político" (Corte IDH, caso Camba Campos: párr. 241).

Es importante de que la Corte IDH exija un término de comparación válido, así como la fijación de estándares probatorios razonables en los casos que se manifiesten tratos desiguales.

6.1.2.5 El juicio de igualdad frente a la intencionalidad o dolo en la discriminación por parte del Estado

Caso Bueno Alves vs. Argentina

En el 2007, la Corte IDH resolvió el caso del señor Bueno Alves, uruguayo residente en Argentina, que fue procesado por el delito de estafa. Sus representantes alegaron ante la Corte IDH que en el procedimiento interno fue discriminado por razón de su origen nacional (Corte IDH, caso Bueno Alves: párr. 123).

La Corte IDH señaló que no existe prueba de que el señor Bueno Alves haya recibido tratos discriminatorios. Dado que, las torturas que sufrió no tuvieron como finalidad su origen nacional (Corte IDH, caso Bueno Alves: párr. 126), sino que se aplicaron para reforzar la confesión de señor Bueno Alves (Corte IDH, caso Bueno Alves: párr. 82).

Se exigió una intencionalidad por parte del Estado para determinar que había recibido tratos discriminatorios. Se advierte que la Corte IDH no realizó el juicio de igualdad y la carga de la prueba fue dada para los representantes de la víctima sin considerar el origen nacional de la víctima del caso en concreto.

Se debe precisar que resulta importante previamente determinar si las víctimas pertenecen a un grupo vulnerable o si confluyen en ellos diversas categorías prohibidas de discriminación para invertir la carga de la prueba.

Asimismo, se debe solicitar un término de comparación válido como en el caso Castañeda contra México, con la finalidad de que las víctimas o sus representantes puedan probar en mayor medida la forma de vulneración del principio de igualdad.

Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana

Al respecto, la Corte IDH indicó que "... no solo se prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria" (Corte IDH, caso Nadege: párr. 234).

No obstante, en el caso Bueno Alves contra Argentina se exigió una intencionalidad por parte del Estado, pese a que el peticionario pertenecía a una categoría prohibida de discriminación, esto es, el origen nacional.

La Corte IDH, en el caso Nadege, recalca el deber especial de adoptar acciones afirmativas con la finalidad de cambiar situaciones discriminatorias. Por ende,

concluye que la falta de medidas preventivas para enfrentar el control migratorio, la violencia en zona de frontera, la falta de atención y tratamiento médico, evidenció que “... existió una discriminación de *facto* en perjuicio de las víctimas por su condición de migrantes” (Corte IDH, caso Nadege: párr. 238). Por tanto, la Corte IDH declaró la violación del artículo 1.1 en relación con los artículos 2, 4, 5, 7, 8, 22.9, y 25 de la CADH.

Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica

Al respecto, la Corte IDH determinó que “... los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad se relacionan con la protección del derecho a la vida privada y familiar, y el derecho a fundar una familia, y no de interpretación de una determinada ley interna...” (Corte IDH, caso Artavia, párr. 285). En función de ello, la corte descartó el análisis del artículo 24 y la discriminación fue evaluada en relación al artículo 1.1 vinculado a los demás derechos convencionales citados.

En ese sentido, se precisó la posibilidad que “... quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba” (Corte IDH, caso Artavia, párr. 286).

Por tanto, la Corte IDH declaró responsabilidad internacional del Estado por discriminación indirecta: a) en relación con la condición de discapacidad (Corte IDH, caso Artavia, párr. 288-293), b) en relación con el género (Corte IDH, caso Artavia, párr. 294-302); y, c) en relación con la situación económica (Corte IDH, caso Artavia, párr. 303-304).

6.1.2.6 El juicio de igualdad frente a las acciones afirmativas exigidas para los grupos vulnerables

Caso Furlán vs. Argentina

Sebastián Furlán pertenecía al grupo vulnerable de las personas con discapacidad.

“En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad...” (Corte IDH, caso Furlán, párr. 134).

Del mismo modo, precisó la Corte IDH “... los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada” (Corte IDH, caso Furlán, párr. 135).

En este contexto, la posibilidad de acceder a la tutela judicial efectiva es importante para combatir las formas de discriminación ocasionadas a las personas de especial grado de vulnerabilidad.

Finalmente, la Corte IDH resalta que lo planteado anteriormente “... brinda mecanismos para garantizar y proteger de manera adecuada los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones y teniendo en cuenta sus necesidades concretas” (Corte IDH, caso Furlán: párr. 139).

Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí vs. Panamá

Los hechos alegados fueron no tener “... respuesta pronta, rápida y eficaz a las solicitudes y demandas de Kuna y Emnerá” (Corte IDH, caso Pueblos indígenas kuna, párr. 200) configura una discriminación estatal.

Sin embargo, la corte no realizó un escrutinio estricto y determinó que “... no fueron aportados aportados (sic) elementos de prueba que indiquen que existe una diferencia de trato entre personas indígenas...” (Corte IDH, caso Pueblos indígenas kuna: párr. 203). En razón a ello, no se pronunció en función del artículo 24 de la CADH al señalar que ya se habían evaluado en los derechos a la propiedad y protección judicial, convirtiéndolo al artículo 24 como subsidiario de los demás derechos sustantivos.

Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica vs. Colombia

Los hechos se enmarcan en la lucha estatal y los grupos de autodefensa de Colombia contra la guerrilla FARC. Producto de tales enfrentamientos, los pobladores de la comunidad afrodescendiente de la cuenca del río Cacarica tuvieron que abandonar forzosamente de sus tierras, ya que estas no garantizaban un mínimo de protección por parte del Estado.

La Corte IDH encontró responsable al Estado de Colombia porque “... no había cumplido con su deber de garantizar y respetar los derechos sin discriminación [...] y el derecho a la igualdad de protección ante la ley en razón de las afectaciones ocasionadas por la Operación Génesis” (Corte IDH, caso comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del río Cacarica, párr. 319).

En concreto, la Corte IDH especificó que la vulneración del derecho a la igualdad es “... en razón de [...] las incursiones paramilitares y el subsecuente desplazamiento forzado padecido por las comunidades afrodescendientes del Cacarica asociadas en CAVIDA y por las mujeres cabeza de familia que habitan en Turbo” (párr. 319).

6.1.2.7 Nueva fórmula de igualdad: una tarea pendiente

Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador

Un caso paradigmático resulta ser el caso Gonzales Lluy vs. Ecuador. La Corte IDH expresamente elige el juicio estricto de igualdad (Corte IDH, caso Gonzales Lluy, párr. 257), como parte del examen de igualdad. Asimismo, determina la discriminación interseccional que sufre la víctima, adicionalmente realiza su examen de proporcionalidad que señala es compatible con la CADH.

Además de haber declarado vulnerado el derecho a la educación, se observa que se utilizan parte de los pasos que podrían aplicarse en un juicio completo de igualdad,

no sólo para el caso en concreto sino para cualquier caso donde se examine el derecho a la igualdad.

No obstante, si bien se desarrolla una parte de un test completo de igualdad, consideramos que aún no se encuentra uniformizado en la jurisprudencia de la Corte IDH y resulta una isla dada la jurisprudencia analizada en la presente investigación.

CAPITULO VII: CONCLUSIONES

- I. En función de las obligaciones del Estado concurren dos tipos de exigencia: la función de la obligación estatal de respeto (igualdad en la Ley; igualdad formal; control convencional de la norma en función de la igualdad; Poder Legislativo obligado; igualdad relativa al acto); y la función de la obligación estatal de garantía (igualdad en la aplicación de la ley; igualdad fáctica; el deber de adoptar medidas especiales en función de la igualdad, Poderes Judicial y Ejecutivo obligados; igualdad relativa al resultado).

- II. La razón del porqué la Corte IDH no realiza de manera uniforme un solo método para evaluar si se vulnera el principio de igualdad se debe en la distinción innecesaria entre el artículo 1.1 y el artículo 24 de la Convención Americana. Esta diferenciación que no fue realizada por primera vez en un caso contencioso de la Corte IDH, sino de forma prematura y tenue en la Opinión Consultiva N.º 04 de 1984.

- III. La distinción innecesaria entre el artículo 1.1 y el artículo 24 de la CADH genera consecuencias perjudiciales. Entre ellas está la relativización de los artículos 1.1 y 24

de la CADH frente a los hechos por examinar, tal y como la Corte IDH lo ha señalado en algunos casos (Corte IDH, caso Gladys Espinoza, párr. 199).

IV. Una consecuencia más es la desnaturalización de la utilidad del artículo 1.1 de la CADH, ya que se debe utilizar para atribuir la responsabilidad estatal y no para determinar una violación de la prohibición de discriminación. Otra también es la sobresaturación del artículo 1.1 de la CADH, que se utiliza funcionalmente para imputar responsabilidad internacional a los Estados, ya que establece las obligaciones estatales. Además también se utiliza para la evaluación de un derecho, en concreto, de la igualdad en su vertiente de no discriminación.

V. Asimismo, se demuestra la inconsistencia de dicha separación determinada por la Corte IDH, entre el artículo 1.1 y el artículo 24 de la CADH. La igualdad que propone la Corte respecto de la normativa interna para los derechos no convencionales puede vulnerar el principio de subsidiariedad, al ser la Corte IDH coadyuvante y complementaria de la sede interna. Por tanto, se considera que aquello también es una causa de la relativización de dicha diferencia en los artículos 1.1 y 24 de la CADH.

VI. La Corte IDH realiza una diferenciación atendiendo a la denominación otorgada por el TEDH al artículo 14 del CEDH, como cláusula dependiente. Sin embargo, el CEDH únicamente tiene la cláusula de prohibición de discriminación, debido a que se negaron los Estados de la Convención de Europa a tutelar el derecho a la “igualdad ante la ley”.

VII. Las limitaciones que genera la actual jurisprudencia de la Corte IDH son las siguientes: a) no se aplica un uniforme examen para analizar el derecho a la igualdad, es decir, una metodología; b) contradicción y poca claridad al momento de analizar un hecho relativo al derecho a la igualdad, ya sea en función del artículo 1.1 o del 24 de la CADH. Son aspectos negativos que influyen en el derecho de defensa

de los Estados partes de la CADH y a los representantes de las víctimas, al momento de alegar la violación de dicho derecho. Invisibilizar casos de prohibición discriminación o no generar estándares de acciones especiales para determinados grupos vulnerados.

VIII. Únicamente, la Corte IDH ha utilizado, sin nombrarlo, el término de comparación en el caso Castañeda contra México. Sin embargo, en muchos casos se ha desestimado por falta de actividad probatoria, dichas deficiencias se podrían subsanar si se le exige un término de comparación válido al momento de plantear sus peticiones a las víctimas.

IX. En el ámbito del DIDH, la Corte IDH aplica el test de objetividad y razonabilidad utilizado por el TEDH, con la atinencia que el TEDH no cuenta con una norma adscrita de igualdad ante la ley. En el ámbito constitucional, existe una identidad legislativa con la cláusula de igualdad ante la ley en las constituciones de los Estados parte, en la que puede existir un diálogo jurisprudencial directo entre las altas cortes y la Corte IDH. Aquí cobra especial relevancia el examen integrado de igualdad de la Corte Constitucional de Colombia.

X. En tanto que existen fuentes de discriminación atribuibles a factores externos, al momento de analizar los casos en general y, de manera particular en los casos, de igualdad, la Corte IDH debe tener presente si el peticionario pertenece a un grupo vulnerable, si en él confluyen categorías sospechosas descritas en el artículo 1.1 de la CADH o si se desprenden de “otra condición social”.

XI. En los casos en los que se examine la cláusula especial de igualdad, se debe declarar a la cláusula general de igualdad como subsidiaria de análisis, toda vez que, dichas cláusulas especiales ya contienen una mención a la igualdad. Por ejemplo, la

CADH, en su artículo 23.1.c, de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

XII. De la igualdad ante la ley de la CADH según el DIDH, emana la prohibición de trato arbitrario, igualdad en la aplicación de la ley en sede interna; y, la prohibición de la discriminación de categorías prohibidas. No obstante, el concepto de discriminación en el DIDH —cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados partes— refiere tanto a la prohibición de discriminación, así como de la prohibición de trato arbitrario.

XIII. Existen categorías prohibidas de discriminación enumeradas en el artículo 1.1 de la CADH (raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social) que, en algunos casos, generan grupos vulnerables. Estas se denominan categorías sospechosas.

XIV. En principio, algunas categorías prohibidas de discriminación —por ejemplo, por origen nacional, idioma, entre otras— permiten ser “medios” para la diferenciación por parte de los Estados dentro de su legislación, es decir, existe cierto margen de apreciación para utilizarlos. Estos pueden ser para diferenciar a los extranjeros y los ciudadanos en cuanto al voto, los requisitos para ser nacionales dentro de un Estado, etc. En dichos casos, no necesariamente se debería invertir la carga de la prueba, ni el nivel de escrutinio debe ser necesariamente el estricto.

RECOMENDACIONES

1. Si bien "... todos los principios metodológicos de la interpretación son directivas "derrotables" es decir, todos admiten excepciones que no pueden enumerarse de forma anticipada"⁵⁶, dado el contexto jurisprudencial interamericano, se debe uniformizar y racionalizar el método del examen de igualdad en aras de proceder la justificación interna de las decisiones de la Corte IDH.

2. En ese sentido, se recomienda no realizar la distinción entre una supuesta cláusula subordinada de igualdad (contenida en el artículo 1.1 de la CADH) y una cláusula autónoma de igualdad (contenida en el artículo 24 de la CADH), con la finalidad de visibilizar adecuadamente las exigencias del derecho a la igualdad en sus distintas interpretaciones.

3. El examen de igualdad debe exigirse en virtud del artículo 24 de la CADH, para todo análisis relativo al derecho a la igualdad, tanto en la versión de prohibición de trato arbitrario, como la prohibición de discriminación. Esta exigencia obedece a que

⁵⁶Guastini, R.. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta. P. 51.

el artículo 24 de la CADH, incluye al artículo 1.1 de la CADH, al ser la norma más amplia, al contener la igualdad ante la ley y no únicamente la prohibición de discriminación del artículo 1.1 de la CADH.

4. En consecuencia, se describe los pasos a seguir para un adecuado examen de igualdad, ya que se ha comprobado la conveniencia de reformular el examen que hasta la fecha realiza la Corte IDH:

5.i) Identifique si el peticionario(a) pertenece a un grupo vulnerable *prima facie* ya aceptado, como por ejemplo, niños, comunidad LGTBI, etc. O determine si en el peticionario(a) confluyen diversas categorías sospechosas, que generan un tipo de discriminación diferente.

6.ii) Defina si el examen de igualdad se debe analizar en función de una igualdad relativa a un acto (igualdad formal) o si es una igualdad relativa al resultado (igualdad material).

7. Precise cuál es el estándar que se debe exigir al Estado, en función de su deber de respeto o si se debe analizar en función de la obligación de garantía. Para poder exigir una obligación de hacer o no hacer.

8.iv) Fije un término de comparación válido con la finalidad de iniciar el examen de igualdad.

9.v) Determine el tipo de escrutinio que se debe realizar (débil para tratos arbitrarios, intermedio para la discriminación positiva, y estricto para categorías sospechosas taxativas).

10.vi) De no tener una categoría prohibida de discriminación previa, delimite si la categoría planteada (por ejemplo, “la edad”) debe corresponder a una categoría sospechosa o una clase artificial.

11.vii) Efectúe el examen de proporcionalidad, teniendo presente sus tres subprincipios: a) idoneidad, b) necesidad, y c) proporcionalidad, en sentido estricto o ponderación.

12.viii) Tenga presente que se puede prescindir del examen de medio-fin, cuando se analice las acciones especiales que se deben tomar para un determinado caso, es decir, cuando actúe como derecho de protección y no como derecho de defensa.

FUENTES DE LA INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. España: Centro de Estudios Constitucionales. P. 385.

ALEXY, R. (2016). *Teoría de la Argumentación Jurídica* (3.^a ed.). Lima: Palestra. P. 315.

ARANZAMENDI, L. (2010). *La investigación jurídica*. Lima: Griley. P. 161 y ss.

BOBBIO, N. (1991). *El Tiempo de los Derechos*. España: Sistema. P. 41. Consultado el 10 de julio de 2016. Recuperado de:

http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf Consultado el 10 de julio de 2016.

BOBBIO, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. España: Paidós Ibérica, S.A. P. 45 y ss.

BÖCKENFÖRDE, E. W. (1993). Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica. En: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft. P. 14.

BOROWSKI, M. (2013). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. P. 31, 32.

CARMONA, E. (2005). “La prohibición de la discriminación (artículo 14 CEDH y Protocolo 12)”. En García, Javier y Pablo Santolaya (coord.): *La Europa de los Derechos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España. P. 667.

DWORKIN, R. (2003). *Virtud soberana. Teoría y práctica de la igualdad*. Barcelona: Paidós. P. 21.

Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers. Tome cinquième, Discussion-Esquinancie / par une société de gens de lettres; mis en ordre et publié par M. [Denis] Diderot,... et quant à la partie mathématique, par M. [Jean Le Rond] d'Alembert. P. 415. Consultado de la Biblioteca Nacional de Francia. Recuperado de:

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k50537q/f434.item.r=Encyclop%C3%A9die%20m%C3%A9thodique.zoom>. Consultado el 10 de julio de 2016.

EYMAR, C. (1987). *Karl Marx, crítico de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos. P. 36.

GARRIDO, M. (2009). *La Igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Madrid: Dykinson. P. 57.

GAVARA DE CARA, J. C. (2005). *Contenido y función del Término de Comparación en la aplicación del principio de igualdad*. Navarra: Aranzandi S. A. P. 35.

GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta. P. 92.

HOBBS, T. (s/f). *Leviatán o la materia, forma y poder, de una república eclesiástica y civil*. Pp. 105-106. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/99453161/Leviatan-Thomas-Hobbes-Version-impresa-Completo>. Consultado el 10 de julio de 2016.

KANT, I. (s/f). *Principios Metafísicos del Derecho*. Puebla: Cajica, Puebla. P. 61.

LEIBNIZ, G. (2001). *Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madrid: Biblioteca Nueva. P. 93.

MONTESQUIEU, C. B. (1906). *El espíritu de las Leyes*, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez. P. 170. Recuperado de: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf> Consultado el 20 febrero de 2016.

NAGEL, T. (2006). *Igualdad y Parcialidad: Bases éticas de la teoría política*. Barcelona: Paidós Ibérica S. A. Pp. 13-14.

PÉREZ, J. (2014). *Curso de Derecho Constitucional (14.ª ed.)*. Madrid: Marcial Pons. P. 211.

PÉREZ, K., (2005). *Principio de Igualdad: alcances y perspectivas*. México: UNAM. P. 109.

PÉREZ, A. (2007). *Dimensiones de la igualdad (2.ª ed.)*. Madrid: Dykinson. P. 18.

PORTOCARRERO, J. (2016). *La ponderación y la autoridad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons. P. 72-77.

RAWLS, J.; SEN, A. & SCHELLING, T. (1998). *Libertad, Igualdad y Derecho*. Barcelona: Ariel. P. 136.

RAWLS, J. (2013). *Justicia como Equidad (3.ª ed.)*. Madrid: Tecnos. P. 79.

ROSS, A. (1997). *Sobre el Derecho y la Justicia (2.ª ed.)*. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires. Pp. 148, 291, 352-353.

SAR, O. (2014b). *Constitución Política del Perú*. Sumillada, concordada y anotada artículo por artículo, con los precedentes, y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, Lima. P. 27-35.

SANTOS, L. (2005). *Liberalismo e igualdad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. P. 132.

SEN, A. (1992). *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid: Alianza Editorial. P. 13.

STIGLITZ, J. (2014). *El precio de la desigualdad*. España: Santillana. P. 67.

TEROL, M. (2012). *La Igualdad ilustrada y revolucionaria en la Constitución de 1812*. Valencia: Tirant to Blanch. P. 13.

VIEHWEG, T. (1964). *La tónica y la jurisprudencia*. Madrid: Taurus. P. 49.

VIEHWEG, T. (1997). *Tónica y filosofía del derecho (2.ª ed.)*. Barcelona: Gedisa. P. 15- 28.

ZAGREBELSKY, G. (2008). *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia (8.ª ed.)*. Madrid: Trotta. P. 147-148.

Fuentes electrónicas

AGUIRRE, J. La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. P. 80. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>, consultado el 9 de septiembre de 2015.

BAZAN, V. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. Pág. 570. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31266.pdf>, consultado el 9 de septiembre de 2015.

BERNAL, C. El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de La Corte Constitucional Colombiana. P. 5. Recuperado de: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf, consultado el 9 de septiembre de 2015.

GONZALES, M. & PARRA, O. (2008). Concepciones y Cláusulas de igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana a propósito del Caso Apitz. *Revista IIDH* 47 (141).

FISS, O. Another Equality, The Origins and Fate of Antisubordination Theory: A Symposium on Owen Fiss's "Groups and the Equal Protection Clause", BePress, 2003. P. 1. Recuperado de: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Fiss_AnotherEquality.pdf, consultado el 29 de septiembre de 2016.

DEL TORO, M. *La responsabilidad del Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos*. P. 672. Recuperado de: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/342/32.pdf>, consultado el 20 de mayo de 2016).

LAPORTA, F. (1985). El principio de igualdad: Introducción a su análisis. *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, 67. Recuperado de: http://cv.uoc.edu/mat/03_001/Laporta1.htm, consultado el 20 de mayo de 2016.

LARSEN, L. & MONTOYA, N. El diálogo Judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea De Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap6.pdf, consultado el 9 de septiembre de 2015.

LIENDO, F. (2015). La interpretación originalista de la constitución según Antonin Scalia. ¿Es posible en el derecho continental? En: *Propiedad Intelectual y Comercio Exterior*. Recuperado de <http://www.forseti.pe/revista/propiedad-intelectual-y-comercio-exterior/articulo/la-interpretacion-originalista-de-la-constitucion-segun-antonin-scalia-es-posible-en-el-derecho-continental>, consultado el 27 de diciembre de 2016.

LIONS, M. Los grandes principios de 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En: *Bicentenario de la Revolución Francesa*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/410/9.pdf>, consultado el 20 de mayo de 2016.

PELLETIER, P. La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH* (2014), (60) 205-215. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf>, consultado el: 22 de junio de 2016.

PORTOCARRERO, J. La teoría de la argumentación y decisión jurídica. *Gaceta Constitucional*, 27, 253. Recuperado de: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/Jorge%20Alexander%20Portocarrero%20Quispe%20-%20GC%2027.pdf>, consultado el 13 de julio de 2016.

TERAN, R. La idea de la muerte y el principio de igualdad humana. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, UNAM. Tomo XI (1949) 41, 111.* Recuperado de:

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/escuela-nal-jurisprudencia/article/view/21015>, consultado el 13 de julio de 2016.

SABA, R., "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en: GARGARELLA, R. (coord.) (2008). *Teoría y crítica del derecho constitucional. Tomo II.* Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. P. 707. Recuperado de:

<http://maestrias.pbworks.com/f/Roberto+Saba+Ques+es+lo+sospechoso004.pdf> consultado el 29 de septiembre de 2016.

SABA, R. *(Des)igualdad estructural. Derecho y Humanidades.* P. 139. Recuperado de:

<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17057/17779>. Consultado el 29 de septiembre de 2016.

SAR, O. La discriminación por razón de la Edad. En: *Trabajo de Investigación, Alcances de la igualdad (2014a).* USMP, P. 34. Recuperado de: http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Investigaciones_Centros2014/ALCANCES_DEL_PRINCIPIO_DE_IGUALDAD.pdf, consultado el 9 de mayo de 2016.

REY, F. *La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo.* P.190. Recuperado de:

http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/handle/123456789/715/La_discriminacion_multiple.pdf?sequence=1 consultado el 9 de mayo de 2016.

Tesis

MURCIA, A. & CHARRIA, J. (1999). El principio fundamental de la igualdad en el Derecho Laboral. Tesis de grado para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. P. 279. Recuperado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS26.pdf> (consultado el 20 de mayo de 2016).

Normativa internacional y nacional

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789).

Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana (1789)

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Protocolo número 12 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Roma, 4 de noviembre de 2000).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).

Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, adoptado en: La Antigua, Guatemala, miércoles 5 de junio de 2013.

Constitución Política de Republica Dominicana, 2010, artículo 18.

Constitución Política de Colombia, Capítulo 3 de los Extranjeros, Artículo 100.

Ley de Organización de la Auditoria Militar y Procedimiento Penal Militar Provisional.

Decreto N.º 591, Nicaragua, 2 de diciembre de 1980.

Ley 1098 de 2006, artículos 71 y 73. Colombia.

Pronunciamientos internacionales Corte IDH, TEDH, CDH, observaciones generales

- 1) .Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- 2) Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C N.º 257, párr. 173.
- 3) Caso Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N.º 239, párr. 80.
- 4) Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134, párr. 106.
- 5) Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.º 205, párr. 33, 42.
- 6) Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N.º 182, párr. 209.
- 7) Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C N.º 257, párr. 173.

- 8) Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N.º 130, párr. 155.
- 9) Corte IDH. Caso de los trabajadores cesados del congreso vs. Perú, voto disidente del Juez Cançado Trindade, párr. 9-11.
- 10) Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C N.º 310, párr. 123.
- 11) Corte IDH. Caso El Amparo vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C N.º 28, párr. 60.
- 12) Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C N.º 281, párr. 182.
- 13) Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N.º 251, párr. 235.
- 14) Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C N.º 307, párr. 199.
- 15) Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4, párr. 164.

- 16) Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N.º 127, párr. 224.
- 17) Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- 18) Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N.º 17. párr. 55.
- 19) Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A N.º 16, párr. 114.
- 20) Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N.º 10, párr. 43.
- 21) Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C N.º 214, párr. 269.
- 22) Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N.º 195, párr. 379.
- 23) Corte IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N.º 194, párr. 348.

- 24) Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C N.º 30.
- 25) Corte IDH. Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C N.º 261.
- 26) Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.
- 27) Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N.º 18, párr. 101.
- 28) Corte IDH. Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C N.º 228.
- 29) Corte IDH. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N.º 129.
- 30) Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N.º 141.
- 31) Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C N.º 293.

- 32) 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 N.º 279.
- 33) Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C N.º 217.
- 34) Corte IDH. Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C N.º 296.
- 35) Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C N.º 315.
- 36) Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N.º 215.
- 37) Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C N.º 282.
- 38) Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N.º 216.
- 39) Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N.º 218.

- 40) Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C N.º 277.
- 41) Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C N.º 266.
- 42) Corte IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N.º 164
- 43) Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C N.º 227.
- 44) Corte IDH. Caso Furlán y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C N.º 246.
- 45) Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C N.º 284.
- 46) Corte IDH. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C N.º 270.
- 47) Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C N.º 298.

- 48) Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N.º 14, párr. 49.
- 49) TEDH, Caso BS c. España (aplicación no 47159/08), fundamento 70 y 71.
- 50) Voto razonado del Juez Cançado Trindade en la sentencia de la Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N.º 129, párr. 7.
- 51) Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza E., Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N.º 4, parte resolutive, quinta, párr. 9.

Jurisprudencia de tribunales nacionales y otros

- 52) Comité de los Derechos Humanos, Observación General N.º 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr. 5.
- 53) Comité de los Derechos Humanos, Observación General N.º 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 15.
- 54) Corte Constitucional de Colombia, C 104-16. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

- 55) Corte Constitucional de Colombia, C 104-16. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, fundamento 6.7.6.
- 56) Corte Constitucional de Colombia, C 104-16. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 71 de la Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, fundamento 6.7.4.
- 57) Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 19 de la Ley 1592 de 2012, sección 4.4.
- 58) Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-684A/11(14 de septiembre), capítulo 3.1.
- 59) Tribunal Constitucional del Perú. Caso Rosa Bethzabé Gambini Vidal, Exp. N. ° 05652-2007-PA/TC, LIMA, fundamento 44.
- 60) Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 00033-2007-PI/TC, fundamento 58.