



TEST DE IGUALDAD

en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
de la República Dominicana

CHANEL LIRANZO MONTERO



TEST DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE
LA REPÚBLICA DOMINICANA

CHANEL LIRANZO MONTERO

TEST DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE LA REPÚBLICA DOMINICANA



República Dominicana
2023



Test de igualdad en la jurisprudencia
del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Autor:

Chanel Liranzo Montero

Primera edición: Diciembre, 2023

Tribunal Constitucional de la República Dominicana
Avenida 27 de Febrero esquina Avenida Gregorio Luperón,
Plaza de la Bandera y del Soldado Desconocido,
Santo Domingo Oeste, República Dominicana,
Teléfonos: 809-274-4445 y 809-274-4446
www.tc.gob.do

Cuidado de la edición:

Katherine F. Estévez Ureña

Corrección de estilo:

Juan Francisco Domínguez Novas

Diagramación:

Rafael A. Cornelio Marte

Diseño de portada:

Francisco Eugenio Soto Ortiz

Impresión:

Tres Tintas SRL

ISBN impreso: 978-9945-651-25-6

ISBN digital: 978-9945-651-26-3

Impreso en República Dominicana

Printed in Dominican Republic

Las opiniones expresadas en esta publicación son responsabilidad del autor y no representan necesariamente las del Tribunal Constitucional y sus magistrados.

CONTENIDO

| | |
|--|----|
| AGRADECIMIENTOS | 11 |
| PALABRAS DE PRESENTACIÓN DEL MAGISTRADO PRESIDENTE DR. MILTON RAY GUEVARA | 13 |
| PALABRAS DE LA DIRECTORA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, DRA. MAYRA CABRAL BREA | 17 |
| RESUMEN | 21 |
| INTRODUCCIÓN..... | 23 |

CAPÍTULO I CONCEPTO JURÍDICO DE IGUALDAD, DIMENSIONES Y PROTECCIÓN

| | |
|--|----|
| RELEVANCIA HISTÓRICA..... | 29 |
| IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO | 37 |
| IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL | 45 |
| IGUALDAD EN LA LEY Y EN LA APLICACIÓN DE LA LEY | 53 |

CAPÍTULO II METODOLOGÍA PARA DETERMINAR LA DESIGUALDAD EN EL DERECHO COMPARADO RELEVANTE

| | |
|---|----|
| TEST DE IGUALDAD COMO METODOLOGÍA | 63 |
| MODALIDADES DEL TEST DE IGUALDAD: CASO ESTADOS UNIDOS..... | 67 |
| MODALIDADES DEL TEST DE IGUALDAD: CASO COLOMBIA | 75 |
| MODALIDADES DEL TEST DE IGUALDAD: ESPAÑA Y PERÚ | 83 |

CAPÍTULO III
RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DOMINICANO Y
APLICACIÓN DEL TEST POR PARTE DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

| | |
|---|-----|
| APLICACIÓN DEL TEST DE IGUALDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA | 95 |
| CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y SEVERIDAD DEL TEST | 123 |
| DESARROLLO LEGISLATIVO EN MATERIA DE IGUALDAD: ACCIONES AFIRMATIVAS | 145 |
| DIVERSAS MANIFESTACIONES DE LA DISCRIMINACIÓN: DESIGUALDADES DE FACTO, DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL | 161 |
| CONCLUSIONES | 171 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 175 |
| ANEXOS..... | 185 |

*A mi compañera idónea,
Esmeralda. Sin ti este barco
no habría llegado a puerto.*

*A mi hijo Ricardo. Eres el motor
que da sentido a cada uno de mis pasos
y esta no es la excepción.*

*A mi madre Rafaelina,
por ser mi héroe y guía.*

AGRADECIMIENTOS

A toda la familia del Tribunal Constitucional, en la persona del magistrado presidente, Milton Ray Guevara, por el apoyo constante y la inmensa oportunidad de formar parte de esta Generación Constitucional.

Gracias a la insistencia y la confianza de la doctora Mayra Cabral Brea, quien me impulsó a terminar esta investigación y con ella a todo el equipo del Centro de Estudios Constitucionales, especialmente a su Unidad de Investigación, por el acompañamiento, observaciones, comentarios y aportes. Este trabajo también es de ustedes.

Al profesor Amaury Reyes-Torres por su guía, asesoría y colaboración, indispensables para materializar este trabajo de investigación.

PALABRAS DE PRESENTACIÓN DEL MAGISTRADO PRESIDENTE DR. MILTON RAY GUEVARA

Como una iniciativa más del Tribunal Constitucional, en el marco de la función pedagógica que le encomienda el artículo 35 de su Ley Orgánica para la promoción de estudios sobre el derecho constitucional y los derechos fundamentales, hoy entregamos a la comunidad jurídica y a la ciudadanía en general este nuevo texto, titulado “Test de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, del novel jurista Chanel Liranzo Montero.

A Chanel lo conozco por haber sido uno de mis colaboradores aventajados, de esos que se distinguen de los demás por su alto concepto de la responsabilidad y por poseer un talento extraordinario como jurista, a pesar de su juventud. Dedicó siete años de su vida al Tribunal Constitucional, donde se destacó como letrado de la presidencia de esta alta corte, llegando a ocupar la posición de coordinador del área durante un período de producción de trascendentes decisiones.

Uno de los peldaños de su ascendente escalada en el ámbito jurídico fue su tesis, presentada en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), para la obtención del título de maestría en Derecho Constitucional. Una combinación de la experiencia profesional acumulada durante sus días en el Tribunal Constitucional, con sus profundos estudios académicos, da vida hoy a esta magistral obra.

El Tribunal Constitucional, durante sus doce años de funcionamiento, se ha convertido en un promotor del respeto de la dignidad del ser humano y de la igualdad real y efectiva, convirtiéndose con ello en un catalizador de importantes cambios en beneficio de todos. Esta investigación, muy bien estructurada en tres capítulos, revela la gran atención que ha dedicado esta alta corte al referido principio a través de innumerables sentencias que ayudan a equilibrar, por ejemplo, el estatus jurídico de las mujeres y la participación de estas en la vida social y política. Además, cómo hemos perfilado criterios particulares de protección que se deben brindar a las personas menores de edad, a las personas de la tercera edad y a las personas con discapacidad, entre otras.

El test de igualdad ha sido un tema muy debatido en las lides jurídicas, analizado con verdadero cuidado por el autor a partir de un minucioso estudio realizado sobre una importante muestra tomada de las más de 7,000 sentencias que componen el universo de las emitidas por esta alta corte desde la primera, la número TC/0001/12, del seis (6) de febrero de dos mil doce (2012).

El autor razona sobre si dicho test es un instrumento eficaz de protección del derecho a la igualdad, conforme a lo establecido en el artículo 39 de nuestra carta magna. Sumado a esto, efectúa lo que considero el más importante aporte que hace esta publicación. Se trata de recomendaciones, a partir de la jurisprudencia comparada, sobre las adaptaciones que deberían hacerse al test de igualdad que actualmente impera en nuestra alta corte, para poder dar solución a las distintas formas de discriminación.

Esta obra contribuirá, sin dudar, a alimentar el conocimiento para evitar la preservación de una democracia fundada en la omnipotencia absoluta de las mayorías; así mismo, a nutrir una

democracia limitada por el respeto de los derechos fundamentales que contiene la Constitución, a la cual deben acomodar sus actuaciones todos los poderes públicos y la ciudadanía en general. Ello no supone anular la democracia tradicional, sino enriquecerla con la exigencia de preservar unos contenidos que no pueden ser afectados por el poder de decisión mayoritario, en aras de asegurar la dignidad, la igualdad y la libertad de las personas.

Un tema interesante, como lo es el “Test de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, presentado desde la visión de un experto constitucionalista, como Chanel Liranzo, dan como resultado un volumen imperdible. Es mi deseo que este estudio sirva de motivación a más autores, para que se inserten en el apasionante mundo de la investigación del derecho constitucional, rama que permea a todas las demás del derecho y que, por su naturaleza, evoluciona al tiempo de los más importantes acontecimientos del mundo globalizado.

PALABRAS DE LA DIRECTORA
DEL CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES,
DRA. MAYRA CABRAL BREA

El Centro de Estudios Constitucionales (CEC) del Tribunal Constitucional de la República Dominicana (TC) se complace en presentar esta obra, titulada el “Test de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana”, de la autoría de Chanel Liranzo. Este aporte académico constituye la primera obra coordinada por la Unidad de Investigación sobre Derecho y Justicia Constitucional, unidad creada por el Pleno del Tribunal Constitucional en mayo de 2022.

En este sentido, entre las funciones específicas que el perfil de creación de la Unidad le establece se encuentra la de “promover la realización de ensayos, tesis y artículos en materia constitucional y ramas afines a nivel interno de la institución”. Al respecto, este trabajo es el resultado de una tesis presentada en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) para la obtención del título de maestría en Derecho Constitucional. Previo a su publicación, fue sometido por la Unidad de Investigación sobre Derecho y Justicia Constitucional a un sistema de revisión a ciegas en el que dos especialistas en derecho constitucional revisaron los contenidos e hicieron sugerencias de mejora que fueron transmitidas al autor, para su incorporación. La coordinación de estas revisiones estuvo a cargo de la investigadora, Dra. Aracelis A. Fernández Estrella.

La revisión de estilo, diagramación e impresión estuvo a cargo del Departamento de Documentación y Publicaciones del CEC.

Esta obra se inserta en la colección *Generación Constitucional*, que tiene como finalidad reunir los aportes académicos de los servidores y las servidoras del Tribunal Constitucional que coadyuven al cumplimiento de la función pedagógica de la institución o, en sentido general, al desarrollo de la justicia y el derecho constitucional, o ramas afines.

De igual modo, con ella inauguramos la línea de investigación del CEC titulada “Argumentación constitucional”, que pretende agrupar diversos estudios jurídico-filosóficos que, atendiendo a escuelas de pensamiento distintas, mediante un razonamiento lógico permitan una armonía entre las normas y su aplicación.

El trabajo que con mucha alegría presenta el CEC en esta ocasión se trata de un estudio sobre la actual configuración del *test* de igualdad en las decisiones de nuestro Tribunal Constitucional, estudio que se realiza siguiendo el método deductivo–analítico, con el objetivo de determinar si dicho *test* permite, de forma eficaz e idónea, proteger el derecho fundamental a la igualdad en los términos que establece el artículo 39 de nuestra Constitución.

En este sentido, el autor inicia explicando el significado del concepto de igualdad, sus dimensiones y ámbito de protección para, desde allí, sumergirnos en el derecho comparado mediante la explicación de las metodologías utilizadas por los Estados Unidos de América, Colombia, España y Perú, para determinar la desigualdad. A partir de este enfoque comparado en el que el investigador nos explica las distintas soluciones dadas por estos países a las diversas casuísticas en las que se encuentra en juego el derecho a la igualdad, se sitúa en la República Dominicana, explicándonos la metodología seguida por el Tribunal Constitucional para la protección del principio de igualdad a través de la aplicación del referido *test*.

El joven jurista concluye estableciendo la insuficiencia de la configuración actual del *test* de igualdad que aplica el Tribunal Constitucional dominicano, y la necesidad de adecuarlo a las distintas formas de discriminación. Para ello, y auxiliándose de la jurisprudencia comparada, el autor nos muestra su visión respecto de las modificaciones que tendría que sufrir dicho *test*. Al respecto, sugiere el establecimiento de dos tipos de *test*: uno, denominado escrutinio leve, para casos más simples en los que, entre otros, no se encuentre en juego la vulneración de derechos fundamentales; y otro, denominado escrutinio estricto, para aquellos casos en los que nos encontremos frente a posibles violaciones de derechos fundamentales y a las denominadas categorías sospechosas.

Finalmente, señalar que todas las ideas aquí vertidas son propias del autor y, aunque no sean necesariamente compartidas por nosotros, abren el debate académico y la generación de ideas respecto de cómo ha sido aplicado hasta el momento el *test* de igualdad y posibles alternativas para alcanzar una protección más efectiva del derecho a la igualdad.

Sin dudar, la obra de Chanel Liranzo representa un aporte en la materia y una oportunidad para profundizar en un tema de particular relevancia en el ámbito de la justicia constitucional. La claridad y precisión de sus planteamientos, así como la profundidad del análisis realizado son reflejo del gran esfuerzo realizado por el autor.

Agradecemos esta obra que él nos deja como legado, tras desempeñarse por varios años como letrado del Tribunal Constitucional. Su rigor académico y calidad profesional se ponen de manifiesto en esta publicación, que enriquece la producción editorial del Tribunal a través de su Centro de Estudios Constitucionales.

RESUMEN

En esta investigación se aborda la actual configuración del test de igualdad en las decisiones del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, como herramienta para ponderar las posibles violaciones a la cláusula de igualdad prevista en la Constitución dominicana. Se realiza con el objetivo de determinar si el test desarrollado permite, de forma eficaz e idónea, proteger la igualdad en su concepción actual. Para alcanzar este objetivo se hace uso del método deductivo – analítico, partiendo de lo general a lo particular, respecto a la cláusula de igualdad y su protección constitucional, hasta la configuración del test de igualdad y su idoneidad en la justicia constitucional. Se contrasta la efectividad del test como herramienta por parte de la jurisprudencia comparada relevante y, por último, se comprueba la eficacia del test aplicado por la Alta Corte dominicana. Todo ello para establecer la insuficiencia de la configuración actual del test y la necesidad de adecuarlo a las distintas formas de discriminación.

Palabras clave: Igualdad, test, discriminación, idoneidad, razonabilidad, categorías sospechosas, acciones afirmativas.

INTRODUCCIÓN

En la República Dominicana la igualdad juega un rol preponderante en la Constitución, pues desde su preámbulo se señala como uno de los valores supremos y principios fundamentales que rige el Estado, junto a la dignidad humana, la libertad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz. Esta preeminencia hace de la igualdad uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho proclamado por la propia Carta Sustantiva.

En la actualidad, la igualdad dista de la concepción clásica, se trata de un concepto jurídico en evolución, por lo tanto, cuenta con múltiples dimensiones y manifestaciones y requiere de herramientas idóneas para su estudio y comprensión, pero, sobre todo, para su protección por parte del Estado.

A la fecha, se han realizado diversos estudios respecto a la igualdad y la no discriminación, orientados principalmente a temas de género, pero no se ha desarrollado un análisis propio del criterio de interpretación por excelencia de los jueces para la protección de la cláusula de igualdad.

La jurisprudencia constitucional comparada relevante, reconociendo la preponderancia de la cláusula de igualdad, ha desarrollado diversos juicios o exámenes de igualdad, para determinar si las normas o actos transgreden la misma. Esta construcción se ha ido fortaleciendo para ir acorde con el nivel de afectación que pueda tener la disposición normativa, con la finalidad de dar una respuesta efectiva e idónea y así proteger el contenido esencial de la igualdad.

Es propicio el momento para estudiar a profundidad la cláusula de igualdad, su implicación en el ordenamiento jurídico dominicano y la forma cómo la justicia constitucional enfrenta las posibles desigualdades en una norma, así como a las aplicaciones desiguales de parte del Estado. Esta introspección implica la necesidad de determinar la eficacia e idoneidad de los mecanismos utilizados por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana para, en caso de ser necesario, orientar dichos instrumentos hacia una modalidad en la cual se garantice el orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

A estos fines, el primer capítulo aborda el concepto jurídico de igualdad, las dimensiones de este y su protección en el marco de un Estado social y democrático de derecho. Se analizan las perspectivas formal y material que corresponden a la igualdad, así como las manifestaciones de la igualdad en la ley y en la aplicación de la ley.

En un segundo apartado se estudian los test como herramienta jurídica para la ponderación de conflictos de derechos, concretamente los relativos a la vulneración de la cláusula de igualdad. Se hace un análisis de las modalidades del test de igualdad en el derecho comparado relevante. Para esto se toma como referencia a Estados Unidos, como matriz de esta metodología; el caso de Colombia por su incidencia directa en la jurisprudencia dominicana, así como su modernidad y constante actualización; España como fuente directa de la metodología europea continental, y Perú, por su similitud de configuración y por el lenguaje preciso para abordar los supuestos de vulneración de la igualdad.

Por último, se examina la respuesta del ordenamiento jurídico dominicano, desde la creación y puesta en funcionamiento del

Tribunal Constitucional hasta la actualidad y la forma de aplicar el test en sus decisiones. Se valora la existencia de categorías sospechosas de discriminación y la necesidad de graduar la intensidad de aplicación del test.

El estudio culmina desglosando la respuesta legislativa y el trato judicial frente a las diversas formas de discriminación, como medio de evaluar su efectividad y las formas de abordar la discriminación hoy día.

CAPÍTULO I

CONCEPTO JURÍDICO DE IGUALDAD, DIMENSIONES Y PROTECCIÓN

RELEVANCIA HISTÓRICA

Desde Aristóteles la igualdad ha tenido un papel central en las discusiones filosóficas y una preponderancia respecto a otros valores. Sin adentrarnos en el debate filosófico propiamente, podemos afirmar que varios siglos antes de Cristo ya se plasmaba una concepción, quimérica en su momento, de igualdad. El padre de la filosofía occidental hablaba de la igualdad en los siguientes términos: «La igualdad consiste en que los que son iguales tengan lo mismo y es difícil que permanezca el régimen político constituido en contra de lo justo».¹

Los términos aristotélicos se refieren a temas sensibles como la igualdad y desigualdad respecto de la propiedad y la necesaria equiparación de la justicia y la igualdad, en ese tenor coloca el ejemplo de cómo la justicia es igualdad, pero no para todos, sino para los iguales, rematando con la afirmación «desigualdad es justa, pero para los desiguales».² Sorprende cómo el propio Aristóteles para el 330 a. C.³ alcanzó, con meridiana claridad, una línea fundamental, la cual nos servirá de hilo conductor durante el discurrir de esta investigación.

Sin dejar de ser un salto histórico impresionante nos situamos en el siglo XVII cuando Thomas Hobbes inicia el capítulo 13 de su célebre obra, *Leviatán*, de esta forma: «La naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en sus facultades de cuerpo y de alma, que aunque puede encontrarse en ocasiones a hombres físicamente

1 Aristóteles, *La política*. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés, España, Editorial Gredos, 1988, p. 436.

2 *Ibidem*, p. 174.

3 Año en el que se presume fue escrita *La política*.

más fuertes o mentalmente más ágiles que otros, cuando consideramos todo junto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan apreciable como para justificar el que un individuo reclame para sí cualquier beneficio que otro individuo no pueda reclamar con igual derecho». ⁴ Sobre la base de esta igualdad natural Hobbes construye las bases de sus leyes de la naturaleza y sienta las bases del «pacto» en el cual se funda el Estado moderno.

En el siglo XVIII, no en vano llamado Siglo de las Luces, dos principios dominaron la escena social: el principio de igualdad y el de libertad. De esta forma lo sintetiza Rousseau al sentenciar: «[...] si se investiga en qué consiste precisamente el mayor bien de todos o sea el fin que debe perseguir todo sistema de legislación, se descubrirá que él se reduce a los objetos principales: la libertad y la igualdad. La libertad, porque toda dependencia individual es otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado; la igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella». ⁵

Añade, además, cómo desde cualquier punto de vista, debemos llegar a la misma conclusión y es que el pacto social establece entre los ciudadanos una igualdad tal, donde todos se obligan bajo las mismas condiciones y todos gozan de idénticos derechos. ⁶ Esta concepción plasmada en *El contrato social*, sirvió de ideal para la Revolución Francesa y sus valores centrales (*liberté, égalité, fraternité*), siguen, hoy día, siendo núcleo central de la democracia y las sociedades modernas.

Abrevando de la Ilustración y de lo descrito en *El contrato social* nos encontramos con la Declaración de Independencia de

4 Thomas Hobbes, *Leviatán* Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 113.

5 Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, Elaleph.com, 1999, p. 48.

6 *Ibidem*, p. 29.

los Estados Unidos de 1776, en la cual se manifiesta considerar como algo evidente en sí mismo que todos los hombres son creados iguales, poseyendo una serie de derechos inherentes a su naturaleza humana.⁷

Sin embargo, existe mucha diferencia entre la idea original de Thomas Jefferson respecto al principio de igualdad y la redacción final aprobada, pues Jefferson condenaba las ofensas a los habitantes de raza negra entendiendo estas como una violación de su libertad y su derecho a la búsqueda de la felicidad, algo contrario a las posiciones de Georgia y Carolina del Sur, pues antes de reprimir la importación de esclavos pensaban en continuar con la práctica, postura finalmente adoptada.

El primer documento que consagra de forma normativa y universal el principio de igualdad es precisamente uno de los pilares centrales de la Revolución Francesa. Nos referimos al adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente el 26 de agosto de 1789 : la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en sus artículos 1 y 6 dispone lo siguiente:

Artículo 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 6. La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger

7 M. A. Aparisi Mirales, «La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 70, octubre-diciembre 1990, p. 217.

como para sancionar. Además, puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuya vigencia es incontestable, concibe una triple identidad de la igualdad, pues dispone que la ley debe ser la misma para todos (*i*), la aceptación de los ciudadanos de forma igualitaria respecto a su dignidad, cargo o empleo conforme sus capacidades y sin distinción, al margen de sus propios talentos y virtudes (*ii*) y el nacimiento y permanencia en libertad e igualdad de derechos (*iii*).

Esta triple identidad se replica en la mayoría de los documentos fundacionales de occidente, las sociedades modernas adoptaron el valor «igualdad» como uno de sus puntos neurálgicos, al margen de que en la mayoría de los casos se plasmó, pero no respondía a la realidad material, por cuestiones evidentes, pues era aún más amplia la separación entre hombres y mujeres, o la derivada de la raza y clase social, por citar ejemplos puntuales.

En el caso concreto de la República Dominicana, desde el documento donde se esbozaba las causas de separación de la República Haitiana, esto es el «Manifiesto de los pueblos de la Parte Este de la Isla antes Española o de Santo Domingo» del 16 de enero de 1844, se hacía especial mención de la igualdad. Aun cuando el principal motor de este documento preconstitucional es la *justa causa de la libertad*, hace acto de presencia la igualdad, al señalar que las aspiraciones de los pueblos de la Parte Este de la isla se centran en una suerte más dichosa, la igualdad de derechos y el respeto de

las personas y sus propiedades; esto además de anunciar como en el Estado a fundar sus leyes garantizarán el régimen democrático, la libertad de los ciudadanos aboliendo para siempre la esclavitud y estableciendo la igualdad de los derechos civiles y políticos sin distinción de origen y nacimiento.⁸

La presencia del valor igualdad en este documento tiene una importancia capital, pues el mismo contiene el fundamento político, social, religioso y cultural predominante en nuestra primera Constitución y el cual se ha mantenido en las siguientes constituciones,⁹ resultando esencial desde allí la presencia de la igualdad de derechos.

La primera Constitución política de la República Dominicana del 6 de noviembre de 1844 señala, bajo el capítulo referente al Derecho Público de los dominicanos, lo siguiente: «Los dominicanos nacen y permanecen libres e iguales en derecho, y todos son admisibles a los empleos públicos, estando para siempre abolida la esclavitud».¹⁰ Esta redacción debe ser tomada en el contexto apropiado, ubicándose luego de las justas independentistas y siguiendo el concepto propio de la Revolución Francesa, donde se consagra la igualdad para los ciudadanos.

Ya dentro de una concepción universal de los derechos, dejando a un lado la condición de ciudadanía, llega la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹¹ la cual en su preámbulo

8 Manifiesto de los pueblos de la Parte Este de la isla antes Española o de Santo Domingo, del 16 de enero de 1844.

9 Tribunal Constitucional de la República Dominicana, *La justa causa de la libertad*, Santo Domingo, Editora Búho, 2015, p. 12.

10 Constitución Política de la República Dominicana del 6 de noviembre de 1844, artículo 14. Tomado de Justo Pedro Castellanos Khoury y Leonor Tejada, *La Constitución dominicana y sus reformas (1844-2010)*, tomo I, Santo Domingo, Editora Búho, 2019, p. 26.

11 Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

dispone tanto la dignidad como la igualdad de derecho como la base de la justicia, la paz y la libertad.

En su artículo 1.º se reproduce la base del artículo 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano «Artículo 1 Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». Sin embargo, es en el artículo 7 en el que se desarrolla uno de los puntos más trascendentales respecto a la igualdad al disponer lo siguiente «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación», la expresión «sin distinción» y las alusiones directas a la discriminación, significan un paso adelante al consagrar la enunciación precisa del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de toda forma de discriminación.¹²

Otras menciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos en materia de igualdad se refieren a la igualdad en el acceso a la justicia (artículo 10), la de hombres y mujeres respecto al matrimonio (artículo 16), igualdad en el acceso a la función pública (artículo 21), igualdad salarial (artículo 23), igual protección social para los niños nacidos dentro o fuera de matrimonio (artículo 25) e igualdad en el acceso a estudios superiores (artículo 26).

En esa misma línea se reproducen otros instrumentos universales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ el

12 Francisco Javier Díaz Revorio, «Las dimensiones constitucionales de la igualdad», *Pensamiento Constitucional*, núm. 22, 2017, pp. 22-23.

13 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

cual dispone el compromiso de los Estados a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos previstos en el Pacto, la igualdad ante la ley y proscribire la discriminación, haciendo énfasis en la discriminación racial, opiniones políticas, posición económica, idioma, de color, sexo, o de cualquier otra índole, o condición social. Este detalle del Pacto es una mención expresa a las categorías sospechosas de discriminación, las cuales abordaremos de forma precisa más adelante.

También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴ reitera el reconocimiento de los hombres y mujeres a gozar de todos los derechos, en este caso con referencia a los económicos, sociales y culturales, además de la igualdad salarial (salario igual por trabajo igual).

Por último, ya en el Sistema Interamericano, tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José,¹⁵ que consagra el principio de igualdad ante la ley al disponer: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley» (artículo 24); como novedad se destaca la obligación puesta a cargo de los Estados de tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución (artículo 17.4), aspecto relevante pues se trata de un mandato de tomar acciones positivas ante la existencia de desigualdades materiales.

14 Ibidem.

15 Suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969.

Además, se incluye la igualdad de todas las partes respecto a las garantías judiciales mínimas (artículo 8.2), reconocimiento de igualdad de derechos de los hijos dentro o fuera del matrimonio (artículo 17.5), sufragio universal e igual (artículo 23.1.b), acceso en condiciones de igualdad a la función pública (artículo 23.1.c).

Otros instrumentos internacionales abordan algunas de principales distorsiones a la igualdad como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,¹⁶ la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,¹⁷ el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (C-143) de la Organización Internacional del Trabajo, entre otros.

16 Aprobada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965, y modificada por la resolución 47/111 de la Asamblea General, del 16 de diciembre de 1992.

17 Aprobada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979.

IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La cláusula del «Estado Social y Democrático de Derecho» indica que el Estado no solo está basado en el respeto de los derechos fundamentales y la separación e independencia de los poderes (Estado de derecho) ni en la soberanía popular (Estado democrático), también es un Estado que procura el respeto a la dignidad humana, la cual solo puede lograrse allí donde se remueven los obstáculos a la plena igualdad de todos, lo cual implica sobre todo la garantía de los derechos sociales y la referencia social de todos los derechos fundamentales (Estado social).¹⁸

Este precepto se encuentra en las llamadas normas fundamentales del Estado. Estas son las declaraciones de contenido sobre el carácter y finalidad del Estado establecido por la Constitución y, por tanto, sobre sus principios estructurales y funcionales.¹⁹ Es decir, las normas que constituyen el tipo concreto de Estado desarrollado en la Ley de Leyes.

El profesor Jorge Prats anunciaba, desde el proceso de elaboración de la reforma constitucional que culminó con la adopción de la Constitución del 26 de enero de 2010, la fórmula del «Estado social y democrático de derecho» concreta toda una dogmática *ius-constitucional* que, en los últimos 50 años, ha tratado de conciliar las virtudes del constitucionalismo clásico liberal surgido de las

18 Enrique Sánchez Goyanes, Constitución española comentada. Edición Ilustrada, núm. 23, Thomson-Paraninfo, 2005, p. 36.

19 Manuel García-Pelayo, Las transformaciones del Estado contemporáneo, Madrid, Alianza Editorial, 1989, p. 92.

revoluciones del siglo XVIII con las del constitucionalismo social que arranca con la Constitución de México de 1917 y que tuvo su máxima expresión en nuestro país con la Constitución de 1963.²⁰

En ese sentido, son los artículos 7 y 8 del texto constitucional los cuales sirven como declaración de intención y elección de la fórmula de Estado social y democrático de derecho, al disponer: «La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos» y «Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas».

Además, la Constitución dominicana²¹ anuncia, desde su preámbulo, estar regida por una serie de valores supremos y principios fundamentales. Estos son: *la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz*, ello trae consigo toda nuestra construcción como nación impactada y orientada por estos valores supremos y principios fundamentales.

Esta concepción como valor supremo engloba todas las demás dimensiones constitucionales e incluso podría incluir otras que

20 Eduardo Jorge Prats, «Hacia la consolidación del Estado social y democrático de derecho», Revista Global, núm. 16, Santo Domingo, Editorial Funglode, [Consulta en línea] disponible en: <http://revista.global/hacia-la-consolidacion-del-estado-social-y-democratico-de-derecho/>

21 Desde su redacción del 26 de enero de 2010, modificada en 2015, en fecha trece (13) de junio de 2015, Gaceta Oficial, núm. 10805, del 10 de julio de 2015.

no formasen parte de las otras menciones específicas. Esto resulta oportuno tanto por su carácter sintético e integrado, como por no descartar que alguna faceta no cubierta por otras menciones constitucionales pudiera integrarse solo en esta vertiente de forma más general.²²

La comisión de juristas que elaboró el proyecto de reforma abunda sobre la importancia del valor «igualdad», pues un verdadero Estado democrático es aquel que, a partir del reconocimiento de la igualdad formal y material de las personas, permite la construcción de una nueva ciudadanía basada en la igualdad de derechos y en la igualdad de acceso a derechos y bienes sin los cuales la persona no puede desarrollar una vida digna y plena.²³ En ese sentido, resulta incontestable cómo desde la redacción de nuestro actual texto constitucional con la elección de la cláusula de un Estado social y democrático de derecho se estaba apuntando, entre otras cosas, a la igualdad.

Su impacto como valor dentro de la cláusula del Estado social y democrático es perfectamente definido por el profesor Jorge Prats, al señalar el fundamento del Estado democrático en la igualdad de todos los ciudadanos, los cuales son iguales en derechos, por lo cual el Estado democrático constituido es uno cuya función esencial es la protección efectiva de dichos derechos.²⁴

Así las cosas, la igualdad proclamada por la Constitución, y crucial para la estructuración democrática del Estado, sería vana ilusión si el Estado, a fin de garantizar la igualdad de derechos de

22 F. J. Díaz Revorio, op. cit., p. 28.

23 E. Jorge Prats, op. cit.

24 E. Jorge Prats, Derecho Constitucional, volumen I, Santo Domingo, IUS NOVUM, 2010, p. 545.

todos, no procura una igualdad material de las personas, permitiendo el goce efectivo de sus derechos, sin discriminación, sin exclusión, sin pobreza ni marginalidad. Por eso, no basta con que el Estado sea democrático y sea de derecho, se precisa también de un Estado social.²⁵

Este impacto es constatable en las diversas menciones y referencias hechas en la Constitución dominicana a la igualdad, donde además se evidencian las diversas dimensiones de la misma, respecto a las cuales destacamos las siguientes:

En el artículo 39 se desarrolla el derecho a la igualdad, estableciendo lo siguiente:

Derecho a la igualdad. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal. En consecuencia:

- 1) La República condena todo privilegio y situación que tienda a quebrantar la igualdad de las dominicanas y los dominicanos, entre quienes no deben existir otras diferencias que las que resulten de sus talentos o de sus virtudes;
- 2) Ninguna entidad de la República puede conceder títulos de nobleza ni distinciones hereditarias;

25 Ibidem.

- 3) El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión;
- 4) La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género;
- 5) El Estado debe promover y garantizar la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección popular para las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia y en los organismos de control del Estado.

Se vincula la igualdad ante la ley directamente con los principios de legalidad y razonabilidad (artículo 40.15)

Se relaciona a los derechos de la familia, previendo el goce de los mismos derechos y deberes para el hombre y la mujer (artículo 55.1) y la igualdad entre los hijos prohibiendo la mención de la naturaleza de la filiación en cualquier registro (artículo 55.9).

Respecto a la promoción, protección y aseguramiento de los derechos de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad (artículo 58).

En el desarrollo del derecho al trabajo, garantizando la igualdad y equidad de mujeres y hombres (artículo 62.1), proscribiendo cualquier clase de discriminación a la hora de acceder al empleo (62.5) e igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación de género o de otra índole (62.9).

Con relación al derecho a la educación (artículo 63) y al derecho a la cultura (artículo 64), se precisa su acceso en igualdad de condiciones y oportunidades.

Se establece la plena igualdad en el juicio como parte de las garantías mínimas del debido proceso (artículo 69.4).

Se incluye como uno de los principios a los que está sujeta la Administración Pública en su actuación (artículo 138).

Es parte de los criterios con los cuales se debe ofrecer el servicio de Defensa Pública (artículo 176).

La igualdad de oportunidades es parte del fundamento del régimen económico (artículo 217).

Se prevé la igualdad de tratamiento para la actividad empresarial, tanto en el rubro privado como en el público, se garantiza la inversión local y la extranjera en igualdad de condiciones, solo limitadas por las disposiciones constitucionales y legales (artículo 221).

Se incluye como uno de los principios del régimen tributario (artículo 243).

En definitiva, son muchas las referencias a la igualdad hechas en la Constitución dominicana, como sucede en muchas constituciones y estas disposiciones proyectan la igualdad ya sea como un valor supremo, en forma de principios, como un derecho autónomo o como un derecho consustancial a otro.

La igualdad es parte de esos preceptos fundamentales con presencia en toda la esencia de nuestro texto constitucional, dotando de existencia normativa el resto de las disposiciones, por lo cual tienen un carácter acuñador, generador, germinal de otras normas de la Constitución.²⁶ De aquí la importancia para nuestro ordenamiento jurídico y la relevancia como objeto de estudio.

26 M. García-Pelayo, *op. cit.*, p. 95.

IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL

Tradicionalmente se distingue entre un principio de igualdad formal, o igualdad ante la ley, y un principio de igualdad material o real. La igualdad formal es un concepto central del Estado liberal de derecho y, en palabras de Leibholz, implica el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, esto significa una garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho.²⁷ De su parte, la igualdad material significa una reinterpretación de la formal, propia del Estado social de derecho y que toma en consideración la posición social real de los ciudadanos, en procura de una equiparación real y efectiva de estos.²⁸

En el citado artículo 39 de la Constitución dominicana se encuentran ambas vertientes del principio de igualdad, al enunciar lo siguiente: «Toda las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión pública o filosófica, condicional social o personal» (clara formulación de la igualdad formal) y «El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real efectiva y adoptará medidas para prevenir la

27 Gerhard Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Munich, C. H. Beck, 1959, p. 16.

28 Hermann Heller, *Las ideas socialistas*, citado por Encarnación Carmona Cuenca, «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 84, abril-junio 1994, p. 265.

discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión;» (expresa formulación de la igualdad material).

Esta redacción proyecta el amplio contenido de la igualdad, al incluir, aun en su parte inicial relativa a la igualdad formal, la prohibición general de discriminación, lo cual necesariamente implica parte de la igualdad material. Esto también es un logro del constituyente dominicano, pues en otros países se ha separado esquemáticamente en artículos distintos y se ha querido, de alguna forma, contraponer ambas proyecciones de la igualdad.

Como adelantamos al principio de este capítulo, la igualdad ante la ley siempre estuvo en el centro de los procesos liberales revolucionarios, hasta el punto de quedar enmarcada como lema del Estado que surgió a raíz de la Revolución Francesa. Sin embargo, la igualdad a la cual se refería era una igualdad esencialmente formal, esto así porque se configuraba como una identidad de posición de los ciudadanos ante la ley, como una equiparación de situaciones frente a los efectos y alcance de la ley.²⁹

Esta concepción inicial tenía bastante sentido y no dejaba de ser muy trascendental pues al momento de surgir (plena vigencia del *Ancien Régime*), ya imperaban múltiples ordenamientos y posiciones jurídicas, la ley y el tribunal que la aplicaba dependía de la condición personal del destinatario de la misma.

La ruptura con esa forma de ordenamiento jurídico fragmentado por la posición social se produjo al igualar los efectos de la ley para sus destinatarios, los cuales pasaron a ser todos los ciudadanos, así la igualdad ante la ley tenía más que ver con los efectos de la ley

29 Joaquín García Morillo, La cláusula general de igualdad, en Luis López Guerra et al., Derecho Constitucional, volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes ciudadanos, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 159.

que con la igualdad de los ciudadanos, pues en realidad se trataba de garantizar el alcance de la ley.³⁰

De su lado el principio de igualdad material, se puede situar históricamente en las Constituciones de Querétaro en México (1917) y de Weimar en Alemania (1919), fruto de sus concepciones orientadas al Estado social. Al respecto Heller, previo a la Constitución de Weimar, alentaba a corregir la igualdad formal y considerar la posición social real de los individuos, afirmando que: «la igualdad formal en la democracia política, aplicada a situaciones jurídicas desiguales, produce un derecho material desigual, contra el cual declara su hostilidad la democracia social».³¹

El Estado de derecho se encontraba entonces en deuda, pues debía reconocer las desigualdades reales existentes en las comunidades a las cuales la proclama universal de igualdad ante la ley no protegía, sino que perjudicaba y agudizaba la desigualdad.

La forma clásica de ver la igualdad ha experimentado notables transformaciones, que han significado la superación del carácter puramente formal. En esta línea las leyes tributarias fueron las primeras en superar el carácter exclusivamente formal de la igualdad. Esto así debido a la aplicación del principio de progresividad en los sistemas tributarios, según el cual las cargas tributarias se establecen no ya de forma proporcional a los bienes del contribuyente, sino de forma progresiva. Esto es, quien tiene mayores ingresos paga proporcionalmente más, equiparando así el sacrificio económico efectivo.³² De esta forma las leyes de carácter tributario fueron las

30 Ibidem.

31 E. Carmona Cuenca, op. cit., p. 271.

32 J. García Morillo, op. cit., p. 160.

pioneras en superar la igualdad formal, tratando desigualmente a aquellos que se encontraban en una situación distinta.

Fruto de los acontecimientos históricos y políticos de la primera parte del siglo XX, las aspiraciones de igualdad calaron bastante en la opinión pública e hicieron trascender al ordenamiento jurídico.³³ El punto de inflexión más grande lo constituyó la Constitución italiana de 1947, en su artículo 3.º, luego de consagrar el principio de igualdad formal, atribuyó al Estado la remoción de los obstáculos de orden económico y social que, por limitar de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de los trabajadores en la organización política, económica y social del país.³⁴

De forma paralela, en Estados Unidos fueron las decisiones de la Corte Suprema, especialmente en el período en el cual estuvo presidida por Earl Warren (1953-1969), las que hicieron un esfuerzo para asegurar la igualdad de trato efectivo a quienes se encuentran en situaciones económico-sociales desiguales a través de la *equal protection clause*³⁵ de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. Entre las decisiones trascendentales podemos citar a *Brown vs Board of Education*,³⁶ decisión mediante la cual se declaró que las normas estatales donde se establecían escuelas separadas para blancos y afroamericanos negaban la igualdad de oportunidades educativas.

33 Antonio-Enrique Pérez Luño, Dimensiones de la igualdad, Madrid, Dykinson, 2007, p. 254.

34 Constitución italiana de 1947, artículo 3.

35 Ronald Dworking, Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 2012, p. 131.

36 Corte Suprema de los Estados Unidos, *Brown vs. Board of Education*, 347 U. S. 483, 1954.

A partir de esto la evolución ha sido constante, avanzando de la formalidad, como expresión de la igualdad ante la ley, para dar paso a la igualdad material, es decir, igualdad en la ley. En cierta forma, esto supone una ruptura, al menos de forma parcial, de los caracteres de generalidad, abstracción, universalidad y duración de la ley, al admitirse las leyes singulares o sectoriales (con destinatarios individuales o grupales precisos), las leyes temporales (cuya validez se persigue solo durante una época concreta) y las leyes diferenciadoras, aun siendo generales y duraderas, otorgan distintos tratamientos a los destinatarios en función de sus características. Esto no puede tomarse a la ligera, debiéndose constatar efectivamente como las situaciones *reales* de los individuos y de los grupos no son iguales y solo así se genera la obligación constitucional de procurar una igualdad real y efectiva.³⁷

Esto resulta de vital importancia, pues es innegable la existencia de situaciones específicas que ameritan de la intervención legislativa para resolver un problema concreto, ya sea regulando de forma distinta determinado sector o enfrentando las circunstancias e imprevistos. Además, los ciudadanos y los grupos sociales se encuentran muchas veces en condiciones de desigualdad, pues aunque la ley los consagre como iguales, la realidad los separa.

Las proyecciones formal y material de la igualdad parecerían provocar una contradicción, por un lado, se obliga a los poderes públicos a tratar de igual forma a todos y, por otro, se exige a los mismos poderes a hacer lo requerido para alcanzar a quienes están en una situación desigual y situarlos en igualdad real. Sin embar-

37 Ibidem.

go, como apunta el profesor Díaz Revorio no deben interpretarse como conceptos enfrentados, sino como dimensiones del mismo concepto, unidas por el valor superior igualdad que las engloba, y entre cuyas consecuencias se encuentran determinados principios, materializados en mandatos, prohibiciones y derechos.³⁸

La igualdad como parte esencial del Estado social y democrático de derecho, reafirmada como valor supremo y fundamental de nuestro ordenamiento, obliga a integrar la igualdad formal y la material. Así, como apuntábamos, la parte inicial del artículo 39 de la Constitución dominicana no solo consagra la igualdad formal, además busca prestar especial atención a las premisas materiales.

A mayor protección jurisdiccional de la igualdad formal se potencia la virtualidad jurídica de la igualdad sustancial, la cual afecta la esencia del principio de igualdad, deja de ser exclusivamente formal y pasa a exigir el trato desigual a situaciones desiguales.³⁹ El deber ser indica cómo, en la medida en que las acciones de los poderes públicos vayan equiparando las desigualdades reales, se fortalecerá la igualdad formal. Aunque se deba reconocer este objetivo como uno muy difícil de alcanzar a plenitud.

En definitiva, la igualdad como trato igual a todos no tiene un carácter absoluto, puede y debe modularse en función de las exigencias contrapuestas de la realidad. Estas requieren de la actuación de los poderes públicos para atender las necesidades sociales tal y como se presentan. Es importante precisar cómo esta atenuación del trato igualitario tiene sus límites, estos vienen dados por

38 F. J. Díaz Revorio, *op. cit.*, p. 29.

39 José Suay Rincón, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL, 1985, p. 32.

la prohibición general de discriminación, pues se podrán buscar soluciones específicas a las situaciones concretas y se podrá tratar de superar las desigualdades de individuos y colectivos, pero sin tratarlos de manera discriminatoria.

IGUALDAD EN LA LEY Y EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

La igualdad, al margen de sus dimensiones constitucionales, las proyecciones adelantadas como valor, principio y derecho, produce dos consecuencias esenciales, que son la *igualdad en la ley* y la *igualdad en la aplicación de la ley*. Respecto a la primera, hablándonos referimos al contenido de la ley, donde se impiden las distinciones que pudieran resultar arbitrarias o irrazonables, y respecto a la segunda consecuencia, a la obligación de quien aplica la ley, de manera concreta la Administración y los jueces.

La igualdad en la ley ha sido objeto de una apreciable evolución histórica que le ha llevado desde unos orígenes en los cuales se refería a características estructurales de la ley, como la generalidad o la impersonalidad, a incidir directamente en el contenido de la propia ley, utilizándose como criterio para rechazar determinadas distinciones realizadas por el legislador (aunque también establecer qué distinciones legales son conformes a la Constitución).⁴⁰

Desde el punto de vista conceptual, la igualdad en el marco de la ley constituye un mandato al legislador, radicado en que las prescripciones del Derecho deben tratar de la misma manera a los iguales y de diversa manera a los desiguales.⁴¹ La igualdad en la ley no se aplica ni dirige a los particulares, sino a quien crea la ley. No existe vinculación de los particulares con esta faceta, sino con aquellos partícipes del proceso de creación de las leyes.

40 F. J. Díaz Revorio, op. cit., p. 41.

41 Iván Díaz García, «Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias», Revista Ius et Praxis, año 18, núm. 2, 2012, p. 41.

La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas situadas en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares.⁴²

Esta consecuencia encuentra su sustento en la Constitución dominicana que, en su artículo 40.15, dispone la igualdad de la ley para todos, lo que significa que todos somos iguales ante la ley, es la misma para todos y a todos les debe igual trato. Esto implica que ciertos rasgos deben estar presentes en la ley: debe ser universal, o sea, obligatoria para todos los individuos; debe ser general y abstracta, es decir, debe elaborarse para la generalidad y no para un grupo de ciudadanos, al tiempo de ser elaborada para situaciones genéricas o abstractas y no para coyunturas concretas. La igualdad no se opone a las leyes sectoriales –en cuando contemplen la generalidad de individuos que comprenden el sector– ni a aquellas leyes dirigidas a proteger categorías diferenciadas de individuos.⁴³

Para alcanzar la finalidad del principio de igualdad se debe manifestar al momento de aplicarse la ley (en situaciones idénticas la aplicación de la ley será la misma). Es decir, todos los ciudadanos están sometidos por igual a los procedimientos de aplicación de las leyes. Téngase en cuenta cómo el derecho y, por ende, las normas no son un fin en sí mismo; el derecho es útil a la consecución de fines y esto le confiere ese perfil «pragmático», que tanto le caracteriza y

42 Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, *Derecho constitucional*, tomo I, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2002, p. 214.

43 E. Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, volumen II, pp. 229-230.

synetiza en la búsqueda de «operatividad».⁴⁴ Ya no nos limitamos a ver como se concibe la norma, acudimos a la práctica de esta, su vida útil por así decirlo, la forma en que quienes están llamados a aplicarla lo hacen.

Respecto al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana puntualizó, de forma categórica, la distinción de la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, al señalar en su sentencia TC/0094/13, del 4 de junio de 2013, lo siguiente:

La primera noción está consagrada en el artículo 39 de la Constitución, texto según el cual: «Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal [...]»; y en el artículo 40.15 de la Constitución, texto que establece lo siguiente: «A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica». La segunda noción, igualdad en la aplicación de la ley, está prevista en el artículo 69.4

44 José María Seco Martínez, «De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar», Revista Derechos y Libertades, núm. 36, época II, enero 2017, p. 64.

*de la Constitución, en los términos siguientes: «El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa».*⁴⁵

De su lado, la igualdad en la aplicación de la ley le concierne quienes aplican la norma, ya sea en el orden jurisdiccional como en la esfera de la Administración. Estos están llamados a aplicar la ley del mismo modo a todos los que se encuentren en la misma situación sin establecer diferencias en razón de las circunstancias no presentes en las normas, esto es, «sin que el aplicador pueda establecer ninguna diferencia en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma».⁴⁶

Esta vertiente implica como las normas han de ser interpretadas del mismo modo en todos los casos a aplicarse, teniendo que distinguir la igualdad en la aplicación judicial de la ley y la igualdad en la aplicación administrativa de la ley.⁴⁷ Se manifiesta esta distinción en las características propias del aparato judicial y las correspondientes a la Administración las cuales, como veremos, producen consecuencias concretas.

El principio de igualdad en la aplicación de la ley implica el trato igual en situaciones iguales—lo cual no excluye el tratamiento diferenciado, siempre y cuando haya fundamentación suficiente y razonable que excluya la arbitrariedad—o el tratamiento desigual en situaciones diferentes. La igualdad en la aplicación de la ley supone que tanto la Administración como los tribunales deben aplicar la ley

45 TC/0094/13, del 4 de junio de 2013.

46 Tribunal Constitucional de España, STC 144/1988.

47 Luis María Díez-Picazo, Sistema de derechos fundamentales, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 216.

de forma igual a supuestos iguales, pues de lo contrario, actuarían discriminatoriamente al tratar en forma diferente a un sujeto que se encuentra en igual situación que otro.⁴⁸

De esta forma se completa la triada de limitación de los poderes públicos, pues con la igualdad en la ley se limita directamente al Poder Legislativo y con la igualdad en la aplicación a los Poderes Judicial y Ejecutivo. En esta triada reside la mayor virtud del principio de igualdad, pues los poderes públicos son los que cuentan con más posibilidades de dar a los ciudadanos un trato desigual eventualmente constitutivo de discriminación.⁴⁹ Por esta razón, su limitación efectiva resulta esencial en un Estado social y democrático de derecho.

El profesor Jorge Prats⁵⁰ sintetiza las consecuencias concretas de la igualdad en la aplicación de la ley tanto para la Administración como para el aparato judicial, haciendo acopio de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español:

La Administración se halla vinculada por el principio de igualdad. La valoración de la aplicación del principio por la Administración en un caso en particular es hecha por los tribunales cuando las actuaciones administrativas son impugnadas en sede judicial por vulneración de dicho principio. El juez administrativo podrá apreciar si la Administración aplicó de manera diferente la ley a un supuesto análogo decidido por la Administración en el pasado tal como constan en los precedentes admi-

48 E. Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, volumen II, p. 230.

49 J. García Morillo, *op. cit.*, p. 171.

50 E. Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, volumen II, pp. 230-233.

nistrativos, pero también podrá suministrar el criterio que considere correcto de aplicación de la ley pues el tribunal no se encuentra vinculado por los precedentes administrativos. Doctrina y jurisprudencia enfatizan que no hay igualdad en la ilegalidad, así lo afirma el Tribunal Constitucional español al espetar que «el principio de igualdad ante la ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido».⁵¹ Aquellos precedentes administrativos no sometidos a revisión jurisdiccional solo son alegables como *tertium comparationis* en relación con aquellos otros actos administrativos que tampoco hayan sido sometidos a control judicial, dejando de ser relevantes desde el momento en el cual los tribunales se pronuncien al respecto,⁵² pues la interpretación judicial es la que será válida.

La igualdad en la aplicación de la ley respecto al Poder Judicial implica la inconstitucionalidad de las decisiones judiciales irracionales o arbitrarias o puramente subjetivas y la obligación judicial de aplicar la ley por igual a todos con independencia de sus condiciones personales. Por tanto, nadie puede ser eximido o tratado con más rigor en consideración de sus condiciones personales. Que los tribunales deben aplicar la ley por igual a todos

51 Tribunal Constitucional de España, STC 21/1992.

52 J. García Morillo, op. cit., p. 172.

no significa que éstos deban interpretar siempre del mismo modo la ley pues si fuese así rodaría por el suelo uno de los principios estructurales de la organización judicial como es la independencia de los jueces. Si bien la homogeneidad en la interpretación de la ley es un objetivo a alcanzar en un Estado de Derecho en el cual la seguridad jurídica es un principio clave, ella no puede alcanzarse al margen de las vías de recurso destinadas a asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, como es el caso de la casación.⁵³

Continúa abordando el tema el Tribunal Constitucional de España, añadiendo que la posibilidad de que una misma ley sea aplicada de manera diferente por distintos órganos judiciales no es eliminable *a priori*, sino que solo puede ser corregida *a posteriori*, si no se quiere vulnerar el principio de independencia judicial. De ahí que, cuando, no obstante las instituciones procesales destinadas a evitar y a corregir la diferencia en la interpretación de las normas, se producen divergencias interpretativas, sea en el seno de un mismo órgano judicial en diferentes momentos o por distintos jueces, ello no puede considerarse en sí mismo una violación al derecho a la igualdad, a menos que en la aplicación de la ley «no se tomen en consideración diferencias personas a las que la ley mismo no concede relevancia».⁵⁴

La igualdad en la aplicación de la ley no asegura «un tratamiento idéntico, uniforme o unificado, por los diversos órganos

53 Tribunal Constitucional de España, STC 144/1988.

54 *Ibid*ibidem.

judiciales», sino tan solo la protección de las personas frente a las desigualdades de trato en la aplicación de la ley por un mismo órgano judicial cuando puedan calificarse de arbitrarias, irrazonables o que obedezcan a un propósito discriminatorio.⁵⁵ Por lo tanto, solo se produce la violación a la igualdad en la aplicación de la ley cuando la misma es atribuida a un mismo órgano, es decir, cuando una sentencia judicial se aparta del criterio sostenido por el mismo tribunal en un caso igual.

Esto último no significa que un órgano jurisdiccional no pueda apartarse de sus propios precedentes o deba seguir siempre la misma línea jurisprudencial, el mismo principio de independencia judicial permite que los órganos judiciales reexaminen sus propias resoluciones y criterios, interpretando las normas de una manera la cual consideren más adecuada o más ajustada a la realidad social.⁵⁶ En la República Dominicana esta posibilidad se ha solidificado con el Tribunal Constitucional, pues conforme el párrafo I del artículo 31 de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (LOTCP), al decidir apartarse de sus precedentes, debe expresar en los fundamentos de las razones por las cuales ha variado su criterio.

Esta motivación reforzada para variar un precedente se ha ido expandiendo a los tribunales del orden jurisdiccional, en la medida en que el Tribunal Constitucional, aplicando el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad, ha exigido a los tribunales la motivación reforzada para los cambios de precedentes.

55 Tribunal Constitucional de España, STC 200/1990.

56 J. García Morillo, *op. cit.*, p. 174.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA PARA DETERMINAR LA DESIGUALDAD EN EL DERECHO COMPARADO RELEVANTE

TEST DE IGUALDAD COMO METODOLOGÍA

La importancia de las decisiones de los Tribunales Constitucionales, como máximos intérpretes de la Constitución esta fuera de cualquier debate, los ordenamientos jurídicos contemporáneos colocan en los Tribunales Constitucionales y, en algunos casos, en sus Cortes Supremas o en determinada sala dentro de la Corte Suprema, el deber de ser los máximos intérpretes de la Norma Sustantiva y del bloque de constitucionalidad, ubicada jerárquicamente en la cúspide de la pirámide.

En el caso de la República Dominicana contamos con un auténtico órgano extra poder que, conforme a la Carta Magna, tiene como función garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, siendo sus decisiones definitivas, irrevocables y precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.⁵⁷

En esas atenciones y ante la importancia y poder que puede desplegar un órgano de este tipo, adquiere mucha relevancia la existencia de metodologías *más o menos* claras que permitan, en determinados casos, la solución de las disputas que se le presentan. Estas metodologías pueden desarrollarse a través de reglas, estándares, parámetros de control, categorías o el concepto mismo de *test*, el cual se ha ido sofisticando por parte de los jueces constitucionales.

La profesora Kathleen Sullivan señala cómo los test de ponderación inclinan al juez a ser «contextual», «conciliador» y «dialógico» para confrontar a las partes en el caso, en lugar de refugiarse en una supuesta determinación objetiva alojada en

57 Constitución de la República, artículo 184.

alguna fuerza distinta de ella misma, como podría suceder con la simple aplicación de reglas.⁵⁸

El uso de estas metodologías genera importantes beneficios, entre los cuales podemos destacar los señalados por García García: En primer lugar, se trata de buscar un control más objetivo por parte de los jueces, cuestión que se consigue generando una metodología de evaluación al momento de efectuar el control. Esto potencia decisiones basadas en razonamientos jurídicos más que el uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, tan propios de nuestro sistema continental. Segundo, y estrechamente vinculado con lo anterior, eleva notoriamente la fundamentación y calidad de las sentencias, elemento clave a la hora de exigir *accountability* a jueces que no gozan de legitimidad democrática directa. Tercero, generan niveles de certeza jurídica mayores en la medida en que el legislador, ejecutivo y agencias administrativas, como también los ciudadanos, saben con claridad cómo serán evaluados sus actos *ex ante*. Ello contribuye, además, a disminuir los incentivos de actuaciones arbitrarias de los poderes públicos.⁵⁹

García García añade cómo los tests pueden llegar a cumplir en la práctica un rol equivalente al de los precedentes en el sistema de *common law*. Esto así, porque su aplicación continua y permanente obliga al juez a razonar y seguir la metodología que ha utilizado para casos similares al momento de fundamentar una nueva sentencia.⁶⁰ Realidad amplificada en casos como la República

58 Kathleen M. Sullivan, «Foreword: The Justices of Rules and Standards», *Harvard Law Review*, núm. 106, 1993, pp. 68-69.

59 José Francisco García García, «El Tribunal Constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, núm. 1, 2011, pp. 101-138 [En línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372011000100006&lng=es&nrm

60 *Ibidem*.

Dominicana, donde las decisiones del Tribunal Constitucional, como señalamos anteriormente, son precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, en ese sentido, el uso de los tests se constituye en auténticas herramientas incorporadas al *stare decisis*.

En definitiva, el uso de test como metodología aporta un elemento de objetividad y propugna por la seguridad jurídica, al permitir prever un examen concreto de las disposiciones, una ponderación jurídica *más o menos* precisa. Es cierto, como señala el profesor Eduardo Jorge Prats, siempre habrá un margen irreducible de discrecionalidad en el accionar de los jueces, pero herramientas metodológicas como esta hacen menos arbitrario el ejercicio del juzgador.

Por citar ejemplos, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha hecho uso de estas metodologías en múltiples ocasiones, destacándose los test de proporcionalidad o razonabilidad, de origen europeo, con sus correspondientes *sub test*, test de la debida motivación y el test de igualdad, de origen norteamericano, objeto central de la presente investigación.

Como adelantábamos en el primer capítulo, gran parte de los aspectos conformadores del principio de igualdad son normativamente indeterminados, una indeterminación calificada por el profesor Bernal Pulido como indeterminación estructural, cuya causa reside en cómo parte de los enunciados que usualmente conforman el principio de igualdad no especifican qué medidas están prohibidas por la Constitución, ni cuáles son obligatorias o meramente posibles, para que el Estado promueva la igualdad real entre los grupos sociales y proteja a los desfavorecidos.⁶¹

61 Carlos Bernal Pulido, «El Juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional», en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Valasco, *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ecuador, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Angélica (Editores), p. 456.

Inicialmente, la jurisprudencia constitucional comparada aplicaba diversos criterios para la interpretación y aplicación de la igualdad. En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal usaba la solución propuesta por Leibholz y Triepel, que entendían se vulneraba el principio de igualdad cuando la disposición debía ser catalogada como arbitraria.⁶² Esto hacía de la interdicción de la arbitrariedad el baremo de determinación para afectar el contenido de la cláusula general de igualdad.

En este contexto, y ante la indeterminación generada por el principio de igualdad, se origina la necesidad de tener un test o juicio de igualdad, el cual ha venido desarrollándose en la jurisprudencia constitucional y delimitando el campo normativo de la cláusula general de igualdad. El test de igualdad es el método a utilizar para examinar constitucionalmente las disposiciones legales ante la posible transgresión del principio de igualdad.

Mediante el test se realiza un análisis de orden procedimental el cual permite al juzgador afirmar si, respecto de una norma sometida a control o una situación a la que se imputa irrazonable desigualdad, hay trato igualitario o un trato desigual.⁶³ Apunta Prieto Sanchís que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, que se refieren a las igualdades y desigualdades de facto, así como las consecuencias normativas que ellas acarrear.⁶⁴

62 Ibidem, p. 457.

63 Edwin Figueroa Gutarra, «Frente al trato desigual: El test de igualdad», *Jurídica*, 23 de septiembre de 2014.

64 Luis Prieto Sanchís, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 24.

MODALIDADES DEL TEST DE IGUALDAD: CASO ESTADOS UNIDOS

La cláusula general de la igualdad en Estados Unidos dimana del texto de la Enmienda XIV, cuyo texto original era el siguiente:

«Section 1

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws [...]. [Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen. Ningún Estado promulgará ni hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún Estado privará a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso de ley; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes (...)]⁶⁵

65 Estados Unidos, XIV Enmienda, propuesta el 13 de junio de 1866 y aprobada el 9 de julio de 1868.

Esta enmienda responde al período posterior a la Guerra Civil y al margen de importantes conquistas como la cláusula del debido proceso, para el objeto de este estudio rescatamos la parte *in fine* de la sección 1 «equal protection of the laws», cláusula sobre la protección igualitaria de la ley.

Como afirma Daniel Vásquez⁶⁶ cuando se piensa en niveles de intensidad para un escrutinio la referencia directa es la Corte Suprema de los Estados Unidos, para el caso del test de igualdad no es distinto. Existe consenso en la doctrina que estos niveles de intensidad son tres, sin embargo, autores como Kelso han llegado a contabilizar hasta siete niveles distintos, señalando la *mínima razonabilidad*, dos distintos de alta *racionalidad*, dos *intermedios* y dos *estrictos*.⁶⁷ No obstante, nos quedaremos con el consenso para abordar los niveles en sus tres intensidades mayormente reconocidas.

Para analizar la igualdad de trato respecto a una medida legislativa, la Corte Suprema de los Estados Unidos utilizó un escrutinio leve a partir de 1920,⁶⁸ en el que, básicamente, señaló que una clasificación debe ser razonable, no arbitraria y debe basarse en un criterio de diferenciación que tenga una relación aceptable y sustancial con el objetivo de la legislación de la ley de tal manera que las personas en circunstancias similares sean tratadas en forma semejante.⁶⁹

66 Daniel Vásquez, Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles, México, UNAM, 2018, p. 82.

67 Randall Kelso, «Standards of review under the equal protection clause and related constitutional doctrines protecting individual rights: The “base plus six” model and modern Supreme Court Practice», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2002.

68 *Royster Guano Co. V. Virginia*, 253 U. S. 412 (1920).

69 D. Vásquez, op. cit., pp. 82-83.

En la década de 1930 la Corte Suprema comenzó a aplicar un test estricto respecto a medidas que clasificaban personas según sus habilidades para ejercer derechos o sobre una base considerada sospechosa.⁷⁰ El objetivo era enjuiciar las distinciones que afectaban a grupos tradicionalmente discriminados, por lo cual requerían de una protección especial. Además de la existencia de un criterio «sospechoso», se aplicaba el mismo cuando la ley regula un derecho fundamental y se presume su inconstitucionalidad.⁷¹

Como relata Christopher Wolfe el test de igualdad sirvió para resolver un problema práctico en el constitucionalismo de esa nación, se atribuye al conflicto entre el presidente Roosevelt y la Corte Suprema de los Estados Unidos. El presidente se quejaba de que la Corte Suprema le declaraba inconstitucionales sus leyes de contenido económico y le impedía aplicar su programa económico, lo cual generó un conflicto que dividió a la opinión pública.⁷² Como los jueces de la Corte Suprema son propuestos por el presidente de la República, Roosevelt (quien gobernó desde 1933 hasta 1945 y nombró un total de 8 jueces) logró incidir en la mayoría de la Corte, cuya conformación cambió el precedente para decir que el control de constitucionalidad sobre temas económicos debía ser más flexible, abandonando una concepción de control estricto. Esta flexibilidad solo exigiría un «mínimo de racionalidad» en la ley.⁷³ De esta forma se diversificó el test y sus «intensidades»,

70 Se puede destacar el caso *Korematsu v. US*, en el cual se analizaba una ley que excluía de las zonas costeras a todas las personas con ascendencia japonesa para evitar actos de espionaje y sabotaje.

71 D. Vázquez, op. cit., pp. 86-87.

72 Christopher Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.

73 Jaime Araujo Rentería, «Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, pp. 859-860.

facilitando las ejecuciones del gobierno, con el riesgo de afectar derechos económicos.

En la década de 1960 se cambió la política imperante desde Roosevelt con el fin de emplear la cláusula de igual protección como instrumento de reformas igualitarias, a raíz de lo cual la Corte Suprema desarrolló una interpretación a dos niveles en cuanto a la protección igualitaria. Para el nivel inferior, el cual seguía aplicándose a la regulación económica, solo requería demostrar cómo la clasificación era «racional», para el nivel superior, se exigía un escrutinio estricto, el cual solo se sobrepasaba cuando se demostraba el «interés estatal irrenunciable». Este nivel se contemplaba para las llamadas «clases sospechosas» y para determinados derechos fundamentales, como la igualdad en el derecho al voto.⁷⁴

Esta metodología se volvió a ver afectada por los cambios en la composición de la Corte y la designación de nuevos jueces con tendencias conservadoras, lo que llevó a la Alta Corte a introducir una nueva variante del test, añadiendo el test intermedio. Concretamente en 1972 apareció el momento perfecto para aplicarlo al resolver un caso respecto a una norma en Massachusetts⁷⁵ la cual impedía la distribución de anticonceptivos a menores no casados y a personas casadas, sin prescripción médica, surgió con esto la necesidad de algo más fuerte que la «mera racionalidad» y menos fuerte que el «interés estatal irrenunciable», ahora los criterios serían la «importancia» del interés gubernamental y si la ley favorecía «esencialmente» esos intereses.

Con el test intermedio la Corte Suprema se abrió paso para examinar con mayor atención un mayor número de leyes, ya que el

74 Ibidem, p. 861.

75 Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438 (1972).

test, en su versión estricta, restringía considerablemente la postura de los legisladores, lo cual generalmente arrojaba resultados de expulsión de la norma. Esta severidad se traducía también en una especie de disciplina, pues se dudaba en ampliar mucho la categoría.

Según Wolfe⁷⁶ este escrutinio intermedio propició una Corte más libre a la hora de examinar leyes con mayor cuidado, pero sin tener necesariamente que desecharlas, pues se criticaban los resultados «fatales» del escrutinio estricto. No obstante reconocer ese mérito del escrutinio, era crítico respecto de las reflexiones usadas, pues entendía daban espacio para juicios meramente subjetivos por parte de la Corte.

En definitiva, las decisiones de la Corte Suprema han construido tres tipos de test definidos categóricamente por Gerald Gunther:

Un test estricto –denominado *Strict Scrutiny*– para las distinciones normativas que afectan a derechos fundamentales o son «sospechosas»;

Un test mínimo o leve –denominado *Minimum Rationality Requirement* o *Rational Basis Test*– utilizado en principio para la generalidad de las distinciones normativas, que exige únicamente que los fines sean lícitos en el marco de alguna concepción del interés general y que la distinción esté racionalmente relacionada con ellos; y

Un test intermedio –llamado *Intermediate Review*–, para las distinciones que utilizan categorías sensibles (aunque no sospechosas), como el sexo, la discapacidad o la edad, y por el que se exige que el fin de la norma o medida sea «importante» y que la distinción esté «sustancialmente relacionada» con tal fin. Es claro

76 Christopher Wolfe, op. cit.

que la mayor o menor exigencia en la relación entre la distinción normativa y su finalidad corresponde con la mayor o menor tolerancia hacia la infra o suprainclusividad de la norma en cuestión.⁷⁷

Dicho de otra forma, el test leve se conforma con que el fin perseguido por el Estado sea legítimo y la armonía medio-fin, lo que implica que el trato diferente debe ser el adecuado para alcanzar el fin legítimo. En la versión estricta del test, se examina la finalidad de promover un interés estatal imperioso. Por último, el test intermedio requiere que la prueba respecto a la finalidad del Estado al restringir derechos, sea controlada por la consecución del fin y sin añadir cargas innecesarias.

Basta con probar la legitimidad de la finalidad perseguida por el Estado y la adecuación de la relación medios-fin. Es decir, dos exigencias: primero que el trato diferente tenga un objetivo legítimo y, segundo, que sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En el test estricto se analiza si existe una finalidad de promover un interés estatal de carácter imperioso y si la relación medio-fin es correcta, en este caso la medida perseguida debe ser un objetivo imperioso para la sociedad o para el Estado y la distinción indispensable para alcanzar ese objetivo. Por último, el test intermedio debe probar la importancia de la finalidad gubernamental en la restricción de derechos, que la medida esté sustancialmente relacionada con la consecución del fin y que no se establezcan más cargas de las necesarias.⁷⁸

En resumidas cuentas, la Corte Suprema de los Estados Unidos, siendo fiel a los fundamentos del *common law*, ha creado

77 Alfonso Ruiz, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Doha, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 12, 1992, p. 62.

78 D. Vásquez, op. cit., pp. 88-93.

las bases para un sistema concreto de evaluación de la protección igualitaria de la ley. Esto así, porque aun teniendo una fuente bastante escueta, como ya vimos en el texto de la XIV Enmienda, no obstante, se haya querido ampliar y modificar sin éxito, de forma pretoriana se ha instaurado una metodología que abre paso a distintas formas de analizar la igualdad.

La variedad de formas de evaluar la igualdad, aunque tenga también sus orígenes políticos, es una respuesta acertada, ya que la igualdad tiene múltiples formas de manifestarse. Es necesario, siempre con reglas *más o menos* claras que se tengan distintas formas de evaluar los fenómenos con mutaciones diversas. Así las cosas, se podrá aumentar o reducir la lupa con que la jurisdicción constitucional protege este tipo de cláusulas.

Nuestra crítica más relevante al método aplicado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la realizaremos en el capítulo final de este estudio, cuando abordemos las *acciones afirmativas*.

MODALIDADES DEL TEST DE IGUALDAD: CASO COLOMBIA

Fruto de la indeterminación normativa propia del principio de igualdad, la Corte Constitucional de Colombia se ha visto en la necesidad de determinar el contenido del principio, para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, mediante la acción pública de inconstitucionalidad y la constitucionalidad de los actos administrativos y de particulares, por vía de la acción de tutela. A lo largo de su funcionamiento la Corte colombiana ha desarrollado tres versiones respecto al juicio de igualdad, un juicio de igualdad de influencia europea, siguiendo el modelo del principio de proporcionalidad; uno de influencia norteamericana, sustentado en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad, y un tercer juicio denominado juicio integrado de igualdad, el cual resulta de una simbiosis de los dos primeros.⁷⁹

Desde la sentencia núm. C-022/96, desarrollo, con claridad, el test basado en la proporcionalidad, para determinar la transgresión o no del principio de igualdad, este se compone de tres etapas: a) la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; b) la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, y c) la razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido. Esta última etapa se subdivide en la aplicación de tres subprincipios de la proporcionalidad: la idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto.⁸⁰

79 Carlos Bernal Pulido, «El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en Instrumentos de tutela y justicia constitucional», Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, 2016, p. 57.

80 Corte Constitucional de Colombia, C-022/96, 23 de enero de 1996 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm

En principio, la Corte Constitucional colombiana entendía que se podía hacer el mismo análisis de proporcionalidad a todos los casos, sin embargo, el crecimiento y desarrollo de la Corte le permitió observar que cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad debe ser aplicado con una intensidad diferente, de conformidad con la seguridad que ofrezcan las premisas empíricas, analíticas y normativas relevantes y, de acuerdo con la intensidad de la injerencia de los poderes públicos en el derecho fundamental objeto de consideración.⁸¹ De modo que en la medida en que la interferencia en el derecho fundamental sea más intensa, más seguras deben ser las premisas relevantes y, en consecuencia, más estricto el control de proporcionalidad.

Esta situación llevo a ese tribunal a recurrir al modelo estadounidense sustentado precisamente en la existencia de distintos niveles de intensidad, un nivel estricto, un nivel intermedio y un nivel débil.

En el nivel débil, para que un acto jurídico sea declarado constitucional, basta que el trato diferente sea dispuesto mediante una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté vedado expresamente por el ordenamiento jurídico. Se tienen dos exigencias concretas, la medida debe tener un interés legítimo y ser apropiada para alcanzar el referido interés.⁸²

El nivel estricto, está reservado para los criterios sospechosos o criterios latentemente discriminatorios, conforme dispone la Constitución, los que restringen derechos fundamentales, aquellos que afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales

81 C. Bernal Pulido, op. cit., pp. 60-61.

82 Corte Constitucional de Colombia, C-445/95, de 4 de octubre de 1995 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-445-95.htm

en condiciones de debilidad manifiesta⁸³ y aquellos que se funden en rasgos permanente de las personas de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad, aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias y las que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.⁸⁴

En estos casos, para justificar el trato diferente, la medida debe ser la propicia para lograr un objetivo constitucionalmente imperioso. Es decir, se exigirá que la distinción responda a una urgente necesidad del Estado o la sociedad, además de tratarse de una medida sea necesaria e indispensable para lograrlo.

Por último, el escrutinio intermedio, para aplicar sobre los criterios sospechosos, pero cuando las medidas, en vez de perjudicarlos, intentan favorecerle y potenciar la igualdad real.⁸⁵ La exigencia en este caso es que el trato sea relevante y una relación idónea entre el trato y el objetivo.

Esta experiencia, en la aplicación de juicios de igualdad a las normas, ha llevado a la Corte Constitucional colombiana a construir un original juicio, el cual han denominado juicio integrado de igualdad,⁸⁶ aprovechando las ventajas del juicio proporcional con las ventajas del juicio norteamericano.

83 C. Bernal Pulido, *op. cit.*, pp. 62-63.

84 Corte Constitucional de Colombia, C-93/01, de 29 de marzo de 2000 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-371-00.htm y 31 de enero de 2001 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-93-01.htm

85 C. Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 64.

86 Corte Constitucional de Colombia, C-93/01, de 29 de marzo de 2000 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000

El *leading case* en el cual se desarrollaron tanto los conceptos del test de igualdad como el juicio de proporcionalidad fue la sentencia C-093 de 2001, en este se conocía de la revisión de constitucionalidad del Decreto 2737 de 1989, en cuyo artículo 89 se estableció la edad como criterio de diferenciación y requisito para adoptar. En la solución del caso la Corte Constitucional de Colombia se planteó si la exigencia de que los padres adoptantes tuviesen la edad mínima de 25 años vulneraba o no el derecho a la igualdad y a constituir una familia o si se ajustaba a los preceptos constitucionales.

La Corte declaró la constitucionalidad del mismo, luego de aplicar el test de igualdad y los elementos propios del juicio de proporcionalidad, con los cuales determinaron que el legislador podía establecer la edad como requisito de diferenciación para adoptar, sin que la determinación de 25 años como edad mínima constituyera una categoría sospechosa y que no existe un derecho fundamental a adoptar, mientras que sí existe un derecho fundamental a tener una familia.⁸⁷

Para desarrollar su labor interpretativa la Corte Constitucional colombiana ha desplegado una metodología propia, integrando el test utilizado en Estados Unidos y el juicio de proporcionalidad utilizado en Europa;⁸⁸ las razones para este nuevo uso metodológico han sido dadas por la propia Corte al afirmar lo siguiente:

Combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los tests de distinta intensidad

87 Silvana Insignares-Cera y Viridiana Molineras-Hassan, «Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana». 124 *Vniversitas*, 2012, pp. 102-103.

88 *Ibidem*, p. 95.

estadounidenses [...]. Implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con cual se va a realizar el estudio de la igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad [...]. Así, la fase de «adecuación» tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de «indispensabilidad» y «proporcionalidad en estricto sentido».⁸⁹

La utilización de esta metodología no solo aprovecha las ventajas de los dos métodos, además disminuye el margen de críticas a los que pudiese verse expuesta la Corte con la expedición de sus sentencias, por cuanto de un lado no irrumpe de manera arbitraria en la libertad de configuración legislativa del Congreso y los cambios sociológicos que implican sus decisiones se encuentran arraigados en este proceso de interpretación.⁹⁰ De vital importancia el tema de la libertad legislativa del Congreso ya que el activismo judicial de la Corte colombiana siempre ha estado en el ojo del huracán respecto al principio de división de poderes y la materialización misma del principio democrático, de esta forma se da espacio a la libertad de configuración, pero se reafirma que la misma tiene límites, los cuales son más o menos marcados dependiendo del rubro (de allí la intensidad).

89 Corte Constitucional de Colombia, T-352/97 de 30 de julio de 1997, [en línea], <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-352-97.htm>

90 S. Insignares-Cera y V. Molinares-Hassan, op. cit., p. 96.

El juicio integrado de igualdad implica las siguientes etapas:

- Determinación del tipo de escrutinio. El primer paso consiste en determinar «según la naturaleza del caso», «el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad». Esta determinación es un paso previo a la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. Cuando la Corte Constitucional se refiere a la naturaleza del caso, alude a la materia o el ámbito en que se incluya la medida sub examine. Si en el caso concreto está en juego una materia que depare al legislador un ámbito de apreciación amplio, entonces el escrutinio de la igualdad deberá ser débil. Lo contrario ocurrirá, si el ámbito del legislador es restringido.
- Juicio de adecuación. Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad «no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto». Será necesario que la medida «sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura». En cambio, cuando se trata de un escrutinio débil, únicamente se exige que la medida sub examine tenga alguna relación de idoneidad con el fin legítimo que se proponga.
- Juicio de indispensabilidad. Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de indispensabilidad, «la diferencia de trato debe ser necesaria e

indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional». Por el contrario, cuando el juicio de igualdad es débil, «basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria».⁹¹

Se concibe de esta forma un juicio más completo el cual significa mayor seguridad y objetividad de parte de los juzgadores, pues, metodológicamente, implica determinar el tipo de test, esto de forma motivada; luego pasando a una etapa de adecuación, donde la intensidad propia del escrutinio determinará el canon para establecer la adecuación o idoneidad; y, por último, un análisis de indispensabilidad, también determinada por el tipo de escrutinio que se esté realizando.

Se debe reconocer la creatividad por parte de la Corte Constitucional de Colombia, al tomar los elementos entendidos como más adecuados del modelo europeo continental y el modelo estadounidense, construyendo una herramienta metodológica que luce adecuada para evaluar el alcance, contenido y las posibles transgresiones a la cláusula de igualdad. La crítica o advertencia que se debe hacer a la Corte colombiana es respecto a su constancia, como afirma Valbuena,⁹² este método es apropiado «siempre que se logre establecer su utilización constante y disciplinada, con rigurosidad analítica y sin excepción alguna».

91 C. Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 67.

92 Iván Valbuena, «El juicio de igualdad como procedimiento para delimitar el alcance del principio de igualdad. El caso concreto de la distribución de competencias judiciales», *Revista Derecho del Estado*, núm. 19, diciembre 2006, p. 100 (disponible en línea) <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/717/679>.

MODALIDADES DEL TEST DE IGUALDAD: ESPAÑA Y PERÚ

Respecto a la igualdad el Tribunal Constitucional español ha desarrollado una amplia doctrina la cual se puede sintetizar en que para que las diferenciaciones normativas pueden considerarse no discriminatorias:

Resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador, con carácter general, la apreciación y tratar desigualmente.⁹³

La igualdad acepta diversificaciones de tipo normativo, cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho,

93 Tribunal Constitucional de España, STC/75/1983 del 3 de agosto de 1983, [en línea], www.hj.tribunalconstitucional.es/ca/

o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad.⁹⁴

Lo propio del juicio de igualdad es su carácter relacional, por esto el primer paso, sin el cual carece de sentido cualquier otro, es que la disposición examinada conciba una diferencia de trato, de forma directa o indirecta. Además, la homogeneidad de las situaciones, solo una vez confirmado el *tertium comparationis*, resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato objeto de discusión.⁹⁵

En definitiva, el principio de igualdad prohíbe al legislador «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria».⁹⁶

Dicho de otra manera, solo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar «elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razo-

94 Tribunal Constitucional de España, STC/209/1988 del 10 de noviembre de 1988, [en línea], www.hj.tribunalconstitucional.es/ca/

95 Tribunal Constitucional de España, STC/148/1986 del 25 de noviembre de 1986, [en línea], www.hj.tribunalconstitucional.es/ca/

96 Tribunal Constitucional de España, STC/125/2003 del 19 de junio de 2003, [en línea], www.hj.tribunalconstitucional.es/ca/

nable»,⁹⁷ razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en una situación jurídica concreta en la cual se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos.

Tanto España como Alemania (pionera indiscutible en materia de juicio de proporcionalidad), aplican un test integrado por:

- La legitimidad del objetivo del trato diferenciado;
- La racionalidad causal (medios-fines), es decir, si la medida es adecuada o idónea para alcanzar el fin constitucionalmente válido;
- El criterio de necesidad, es decir, si el trato diferente es o no necesario o indispensable, si no existe otra medida menos gravosa, en términos de sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto;
- Un análisis de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si la distinción puede ser menos gravosa de lo que se ha determinado para obtener el fin buscado a partir de los elementos que le integran (peso abstracto, peso concreto y seguridad empírica de las premisas).⁹⁸

97 Tribunal Constitucional de España, STC/39/2002 del 14 de febrero de 2002, [en línea], www.hj.tribunalconstitucional.es/ca/

98 D. Vázquez, op. cit., pp. 79-80.

En cuanto a Perú, para determinar los casos en los cuales se está frente a circunstancias contrarias al derecho a la igualdad, el Tribunal Constitucional de Perú ha desarrollado un análisis de orden procedimental que permite al juzgador afirmar si respecto a una norma sometida a control o una situación a la que se impute una desigualdad irrazonable, hay trato igualitario o desigual.⁹⁹

Se trata de una especie de extensión del test de proporcionalidad, el cual se aplica cuando se quiere analizar posibles transgresiones del derecho a la igualdad en el contenido de la ley.¹⁰⁰ Esta metodología fue formalizada jurisprudencialmente en el caso Fiscal de la nación contra el Congreso de la República en 2006, como forma de evaluar si una medida limitativa de derechos o principios constitucionales resultaba conforme con el principio-derecho de igualdad.¹⁰¹

El test desarrollado por el colegiado peruano se fundamenta en los alcances del principio de proporcionalidad en el examen de una supuesta contravención al derecho-principio de igualdad, mediante los pasos siguientes:¹⁰²

Primer paso: Verificación de la diferencia normativa. En esta etapa, debe analizarse si el supuesto de hecho acusado de discriminación es igual o diferente al supuesto de hecho que sirve de término de comparación (*tertium*

99 E. Figueroa Gutarra, op. cit.

100 Eloy Saldaña Barrera, Informe sobre el principio o test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. European Commission for democracy through law (Venice Commission), Bolivia, 2018, p. 6.

101 Víctor García Toma, «El derecho a la igualdad», Revista Institucional, núm. 8, Academia de la Magistratura, p. 121.

102 César Landa Arroyo, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional, Lima, Palestra, 2009, pp. 39-41.

comparationis). De resultar igual, la medida legislativa que contiene un tratamiento diferente deviene en inconstitucional por tratar de modo diferente a dos supuestos de hecho similares. De resultar diferente, entonces debe proseguirse con los siguientes pasos del test.

Segundo paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad, que puede dividirse en distintos grados:

- Intensidad grave: Cuando la discriminación se sustenta en los motivos proscritos por el artículo 2.2 de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o un derecho constitucional.
- Intensidad media: Cuando la discriminación se sustenta en los motivos proscritos por el artículo 2.2 de la Constitución, y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.
- Intensidad leve: cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución, y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

Tercer paso: Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación. La existencia de una regulación normativa diferente o de un trato distinto debe ser apreciada en relación con la finalidad constitucional

de la medida legal adoptada sobre determinada materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir siempre un fin constitucional. Si la medida legislativa que establece un trato diferente a supuestos de hecho diferentes no contiene un fin constitucional, entonces tal medida resulta inconstitucional. Si contiene un fin constitucional, entonces corresponde dar el siguiente paso.

Cuarto paso: Examen de idoneidad. Este paso exige que la medida legislativa que establece la diferencia de trato deba ser congruente con el interés legítimo que se trata de proteger. En otras palabras, se evalúa si la medida legislativa es idónea para conseguir el fin pretendido por el legislador. Por el contrario, si se verifica que la medida adoptada por el legislador no guarda ninguna relación con el fin que trata de proteger, esta limitación resultará inconstitucional.

Quinto paso: Examen de necesidad. En esta etapa, debe analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o al menos lo sean en menor intensidad. Se comparan dos medios idóneos, el optado por el legislador y el hipotético alternativo.

Sexto paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. De acuerdo con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido con el nombre de ponderación, para que una intromisión en un derecho fundamental sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación

del derecho fundamental. En otros términos, la proporcionalidad en sentido estricto exige la comparación entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora, y 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de manera que la primera de estas deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda.¹⁰³

Los pasos cuatro, cinco y seis corresponden a subprincipios que deben ser aplicados de forma sucesiva, es decir, primero, se aborda la idoneidad, superado este se pasa a la necesidad, si se supera este subprincipio se procede a someterlo a examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.¹⁰⁴

A modo de cierre, podemos analizar el impacto generado por estas distintas formas o estándares respecto a la igualdad. La existencia de un método preciso siempre será sinónimo de seguridad y objetividad. Esto no significa que se tendrá la respuesta adecuada por parte del juzgador, pero sí que se conocerá, de antemano, la forma en que este abordará la cuestión planteada.

El modelo estadounidense tiene un impacto considerable en el constitucionalismo dominicano, sin embargo, se trata de un impacto indirecto, pues lo tomamos de otras jurisdicciones constitucionales que han abrevado en el modelo estadounidense. Esta incidencia indirecta se puede entender por el factor *idioma*, evidentemente es más sencillo estudiar y tomar como referencia las decisiones de tribunales con los cuales se comparte el mismo idioma.

103 Tribunal Constitucional de Perú, 19 de abril de 2007, [en línea], www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06626-2006-AI.pdf

104 Tribunal Constitucional de Perú, 29 de octubre de 2005, [en línea], www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004AI.pdf

Aun de forma indirecta, podemos ver la forma menos intensa a la hora de analizar las cuestiones de índole económico. En ese rubro, el constitucionalismo dominicano otorga un rango de acción más amplio, tanto de configuración como de acción, a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

La influencia de la Corte Constitucional de Colombia en la jurisdicción constitucional dominicana es innegable. Es la fuente comparada más utilizada, de allí que múltiples metodologías aplicadas por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana hayan sido tomadas de decisiones rendidas por la Corte colombiana. No obstante, no siempre la jurisdicción constitucional colombiana tiene las respuestas y métodos correctos. Profesores como Félix Tena toman con lupa la incidencia de las decisiones de la Corte colombiana, debido al hecho de que estas se han sabido publicitar, siendo las que aparecen como primeras opciones en los principales motores de búsqueda.

La concepción original del juicio de igualdad colombiano es la que adoptó el Tribunal Constitucional dominicano, para lo cual resulta importante conocer los fundamentos y la razón de ser del mismo, evaluar la coincidencia o no de las cláusulas de igualdad en la norma fundamental colombiana y la dominicana, para poder importar una metodología como esta, y que el proceso sea exitoso.

Respecto a España, se trata de la fuente directa del modelo europeo continental, de allí que se citen constantemente decisiones del Tribunal Constitucional español, de donde recibimos metodologías concretas como el test de razonabilidad. Es así como varios de los sub exámenes que implica el test de igualdad encuentran su fundamento en decisiones de la jurisdicción constitucional española.

Por último, Perú con su test reforzado de proporcionalidad, representa un modelo bastante riguroso, lo que a nuestro entender fragua por la disminución de la discrecionalidad. La influencia de este país andino no se verifica de forma directa en los análisis de igualdad de la jurisdicción dominicana, lo que entendemos como un error, pues los análisis de la Alta Corte peruana son bastante precisos y con un lenguaje judicial que perfectamente podríamos utilizar en muchos casos. En algunas situaciones, los andinos pueden ser una opción más beneficiosa que la jurisdicción colombiana, que peca muchas veces de activista y que adquiere dimensiones que no siempre son las más certeras.

CAPÍTULO III

RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DOMINICANO Y APLICACIÓN DEL TEST POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

APLICACIÓN DEL TEST DE IGUALDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Al iniciar el funcionamiento jurisdiccional del Tribunal Constitucional de la República Dominicana,¹⁰⁵ las posibles transgresiones a la cláusula de igualdad eran resueltas sin seguir una metodología particular, con la aplicación del texto constitucional. En esas atenciones dictó una de sus primeras e icónicas decisiones, cuando, en ocasión de una revisión de amparo, decidió dictar una sentencia interpretativa respecto al artículo 252 de la Ley núm. 873, Orgánica de las Fuerzas Armadas, que limitaba el derecho a pensión del supérstite, solo previendo el mismo en favor de la viuda, dejando sin resguardo a los convivientes de hecho y los viudos. Al respecto, la Alta Corte desarrolló el siguiente análisis:¹⁰⁶

- p) En la especie, la Junta de Retiro de las Fuerzas Armadas fundamentó su negativa a entregar la pensión de referencia en que el artículo 252 de la Ley Núm. 873, Orgánica de las Fuerzas Armadas, establece una restricción respecto a las personas no casadas, como resulta en el caso de la recurrente.
- q) Según el citado artículo 252, el otorgamiento de la pensión de superviviente está condicionado a la

105 La primera sentencia TC/0001/12 es del seis (6) de febrero de dos mil doce (2012).

106 TC/0012/12, del nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012).

existencia de un matrimonio, requisito que contradice el artículo 55.5 de la Constitución, cuyo texto dispone lo siguiente: «La unión singular y estable entre un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, genera derechos y deberes en sus relaciones personales y patrimoniales, de conformidad con la ley».

- r) Por otra parte, según el indicado artículo 252, solo la viuda tendría derecho a la pensión de superviviente, mas no así el viudo, lo cual vulnera el principio de igualdad entre el hombre y la mujer previsto en el artículo 39.4 de la Constitución, que expresa: «La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género».
- s) En este mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26, indica: «[...] la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de nacimiento o cualquier otra condición social».
- t) En consecuencia, resulta evidente que el texto objeto de análisis transgrede la Constitución, particularmente los principios relativos a la igualdad, la dignidad humana y la familia. No obstante, dicho texto sería

conforme con la Constitución, a condición de que se interprete en la forma que más adelante indicará este Tribunal Constitucional, ejerciendo así la facultad de garantizar la permanencia de una determinada norma en nuestro ordenamiento jurídico.

La redacción escueta de la decisión responde a ser una de las primeras decisiones del Tribunal y a no tratarse de una acción directa de inconstitucionalidad contra el texto que fue afectado por la sentencia interpretativa, sino un proceso de revisión de amparo. Sin embargo, su falta de extensión y profundidad no es óbice de reconocerle una correcta reivindicación de la cláusula de igualdad.

En efecto, en decisiones como la TC/0022/12¹⁰⁷ y TC/0028/12,¹⁰⁸ en las cuales, conociendo de acciones directas de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional analizó la transgresión o no de la cláusula de igualdad. Concretamente la sentencia TC/0028/12, representa un ejemplo de un ejercicio bien fundamentado por parte de la Alta Corte al valorar un caso de discriminación procesal positiva en beneficio de la mujer.

El conocimiento de las posibles violaciones al artículo 39 de la Constitución sin hacer uso de una metodología precisa culminó con la sentencia TC/0033/12, del 15 de agosto de 2012, cuando se optó por el test concebido por la Corte Constitucional de Colombia, como *método idóneo y razonable para evaluar cualquier situación y establecer si una norma transgrede el principio de igualdad*. La decisión reitera lo dicho por la Corte Constitucional de Colombia,

107 TC/0022/12, del veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012).

108 TC/0028/12, del tres (3) de agosto de dos mil doce (2012).

en la medida en que reivindica la importancia del test al otorgar objetividad y transparencia a los exámenes de igualdad realizados por los jueces sobre las normas.¹⁰⁹

La referida sentencia TC/0033/12, adoptó los elementos clásicos aplicados por la Corte Constitucional de Colombia, a saber:

- Determinar si las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares;
- Analizar la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado; y
- Destacar los fines perseguidos por el trato disímil, los medios para alcanzarlos y la relación entre medios y fines.

Respecto al uso del test de origen colombiano, es importante destacar que la versión adoptada por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana responde a la versión inicial del método colombiano. En 2012, cuando la Alta Corte dictó la sentencia TC/0033/12 aplicando el test, ya Colombia, como vimos en el capítulo anterior, había utilizado su juicio integrado de igualdad, combinando el modelo europeo y el modelo estadounidense.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional dominicano tiene la libertad de elegir la metodología que crea más idónea, esto debe hacerse sobre la base de consideraciones razonables, pues de la forma adoptada y como sigue aplicándose el test, aún en el año 2023, parecería ser consecuencia de una desactualización respecto a los criterios comparados existentes.

109 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-748/09, de 20 de octubre del 2009 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-748-09.htm

No se trata de pretender que los criterios expresados por las decisiones locales evolucionen a la par con los de otras jurisdicciones comparadas, pues esto sería pretender una identidad plena respecto a los casos y la legislación, algo inexistente. Sin embargo, lo idóneo es valorar los cambios y transformaciones para determinar los aspectos mejorables localmente.

El juicio o test de igualdad está condicionado a la existencia de tres elementos claves: a) la existencia de casos o supuestos fácticos semejantes; b) que tal diferenciación resulte objetiva, proporcional y razonablemente justificada, y c) que no implique consecuencias desproporcionadas en cuanto a la finalidad perseguida.¹¹⁰ En ese orden, ha señalado esa Alta Corte dominicana que el principio de igualdad predica entre la identidad de iguales y la diferencia de los desiguales, por tanto, no se permite regulación diferente entre supuestos iguales o análogos, pero sí diferente normación a supuestos distintos.¹¹¹

La metodología aplicada por el Tribunal Constitucional dominicano implica que, de no satisfacerse el primer elemento relativo al *tertium comparationis*, no se debe continuar con el test, lo que resulta lógico, toda vez que no se trata de supuestos semejantes. En esa misma línea, cuando uno de los siguientes elementos no se satisface, se verifica la violación a la cláusula de igualdad, sin necesidad de abordar el elemento restante.

Con relación al primero de los elementos del test de igualdad, es decir, la existencia de casos o supuestos fácticos semejantes, el colegiado ha precisado la diferencia central entre los particulares

110 TC/0094/12, del 21 de diciembre de 2012.

111 Ibidem.

y el Estado,¹¹² donde procede establecer si el sujeto de derecho público se encuentra en una condición similar a la del sujeto de derecho privado, pues el Estado y los particulares no están situados en una misma situación de hecho, sobre todo en lo concerniente a los fines que lo animan. En este caso, prima el interés público en las actuaciones del Estado y sus instituciones, interés general con una jerarquía mayor respecto al interés de los particulares y, por tal razón, cuando la ley se dirige a hacer prevalecer ese interés colectivo, debe descartarse que se está en presencia de la constitución de privilegio alguno o en violación al derecho de igualdad entre las partes.¹¹³

El antes mencionado carácter relacional del principio de igualdad puede verse en las decisiones del Tribunal Constitucional dominicano,¹¹⁴ ante situaciones disímiles, como la posibilidad del imputado o condenado de recurrir en revisión penal, por ser esta la parte pasible de sufrir vejaciones a su dignidad humana, permite que se cierre para las demás partes por suponer un peligro para el principio de seguridad jurídica. Este desarrollo permite ver la aplicación de una ponderación y aplicación conjunta de la Constitución y sus principios, pues en este caso, la igualdad cede ante la dignidad humana.

El principio de igualdad implica que todas las personas son iguales ante la ley y como tales deben recibir el mismo trato y protección de las instituciones y órganos públicos. En ese tenor, el Tribunal Constitucional ha aplicado el test de igualdad para determinar la violación del principio de igualdad cuando, a pesar

112 TC/0048/15, del 30 de marzo de 2015.

113 TC/0090/13, del 4 de junio de 2013.

114 TC/0311/15, del 25 de septiembre de 2015.

de estar en iguales circunstancias, a los sujetos se les aplica la ley de manera diferente.¹¹⁵

De forma más reciente, la Alta Corte se ha visto en la necesidad de aplicar el test respecto de normas relativas a los partidos, agrupaciones y movimientos políticos, así como de disposiciones electorales.¹¹⁶ Tal es el caso de la sentencia TC/0441/19, del 10 de octubre de 2019, en la cual se aplicó el test para determinar la inconstitucionalidad de disposiciones que prohibían las alianzas de partidos, agrupaciones y movimientos políticos, en el primer proceso electoral ante el cual se presenten. Veamos:

12.2.4. Al analizar los elementos del referido principio de igualdad, este tribunal verifica que los partidos, agrupaciones y movimientos políticos deben satisfacer, para su reconocimiento, los mismos requisitos exigidos por la Ley núm. 275-97, Ley Electoral de la República Dominicana, de veintiuno (21) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Además, su conformación y funcionamiento están amparados bajo las mismas prerrogativas constitucionales, sin que nuestra Carta Sustantiva establezca ningún tipo de distinción. Por tanto, los partidos políticos que participan en su primer proceso electoral como los demás son tratados de igual manera por la Constitución de la República.

12.2.5. Una simple lectura del acápite 12 del artículo 25 de la Ley núm. 33-18 pone en evidencia que dicho

115 TC/0082/18, del 23 de marzo de 2018.

116 TC/0037/20, del diez (10) de febrero de dos mil veinte (2020).

texto prohíbe a los partidos que participan en su primer proceso electoral pactar acuerdos con otros partidos o agrupaciones políticas para concurrir aliados a ese proceso, impedimento que no se establece a los partidos que ya han participado en procesos electorales anteriores. Con dicho texto se procura, aparentemente, de conformidad con el artículo 75 de la ley, hacer desaparecer, eliminar o disolver, mediante la supresión de la personería jurídica, los partidos, agrupaciones o movimientos políticos que no obtengan el uno por ciento (1 %) de los votos válidos emitidos en el proceso electoral en que participen por primera vez. Sin embargo, con independencia de que de la lectura del referido texto no se puede determinar con claridad el fin perseguido por el legislador, es evidente que dicha disposición no es cónsona con los principios en los que está cimentada la democracia representativa dominicana ni con los fines esenciales que, respecto a los partidos políticos, ha dejado nítidamente establecido el constituyente dominicano en el artículo 216 de la Constitución. Ello significa, por consiguiente, que la disposición atacada no es adecuada ni idónea respecto de los fines perseguidos, puesto que, como se evidencia, el trato desigual que da a los señalados partidos políticos genera una situación de discriminación en contra de las entidades políticas que participan por primera vez en un proceso electoral y, por tanto, de privilegio en favor de los demás partidos, vulnerando así el derecho a la igualdad, reconocido como derecho fundamental por el artículo 39 de la Constitución de la República, texto que, en su

acápito 1, «condena todo privilegio y situación que tienda a quebrantar la igualdad de las dominicanas y los dominicanos, entre quienes no deben existir otras diferencias que las que resulten de sus talentos y virtudes».¹¹⁷

De esta forma se extrajo del ordenamiento una distinción injustificada por parte del legislador para con los partidos políticos que participen por primera vez en un certamen electoral. Del examen aquí efectuado se destaca una acertada ponderación del primer elemento del test y la identificación de un privilegio el cual no solo afectaba la igualdad, sino que, además, significaba una seria traba para la proliferación de partidos, movimientos y agrupaciones políticas como instrumentos democráticos, en beneficio de los *viejos* partidos.

Por otro lado, existe un problema recurrente en las decisiones del Tribunal Constitucional dominicano respecto a la aplicación del test y este radica en el irrespeto del mismo como una herramienta metodológica. El uso como herramienta metodológica implica seguir una serie de pasos para arribar a una conclusión, es decir, no basta con señalar la existencia del test, anunciar su aplicación si luego no se hará.

Varios ejemplos ilustrativos de esta situación son los siguientes:

11.4. Este colegiado estima que el derecho a la igualdad no se encuentra comprometido o afectado en la especie, en razón de que, como fue aclarado en la Sentencia TC/0241/16, entre los requisitos contemplados en el

117 TC/0441/19, del diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

artículo 473 del Código de Procedimiento Civil se destaca que el expediente debe estar en estado de recibir fallo. El cumplimiento de este requisito supone que las partes han concluido respecto del fondo de la demanda original o que han sido puestos en condiciones de hacerlo, de manera que no existen razones jurídicas válidas para impedir que el tribunal de segundo grado haga uso de la avocación.

11.5. Con la finalidad de cumplir correctamente con el análisis de este motivo de inconstitucionalidad, consideramos pertinente determinar si el referido artículo 473 cumple con el test de igualdad que esta corporación constitucional ha tenido la oportunidad de aplicar en casos análogos al caso de la especie. En efecto, el aludido test fue establecido, por primera vez en la Sentencia TC/0033/12, al que se refirió en los términos siguientes: [...].

11.6. Respecto al primer punto, es decir, determinar si las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares, hemos podido comprobar que la facultad de avocación concebida en el texto impugnado no presenta afectación alguna a la igualdad. En efecto, tanto para el caso en que los jueces de apelación ejerzan la avocación, como para el caso de que no fuere utilizada, las partes tienen la posibilidad de ejercer los recursos que consideren pertinentes para atacar la decisión sin importar el sentido en el que sea adoptado el fallo.¹¹⁸

118 TC/0560/19, del once (11) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

En este caso el Tribunal «determinó», *a priori*, que la norma atacada no comprometía o afectaba el derecho a la igualdad. De igual forma, cuando se supone se procederá a evaluar el primer elemento del test, relativo al *tertium comparationis*, concluye que no presenta afectación alguna a la igualdad, es decir, no se aplicó el mismo. Luego se «completa» el test con los siguientes elementos, pero pierde el sentido, pues ya se tenía el resultado de antemano.

Igual sucede con la sentencia TC/0440/19, en donde se anuncia la aplicación del test y en el primer elemento se concluye con que se viola el artículo 39 de la Constitución. Esto denota una pobre aplicación del test, en cuanto a su forma, al margen de que las consideraciones de fondo sean acertadas como en la especie:

- f. En cuanto al primer criterio del test (supuesto de hecho similares), comprobamos que la Junta Central Electoral (JCE), al tenor de la Resolución núm. 08-19, escinde a la población de electores, pues dispone de forma diferenciada por un lado, un sistema electoral para las provincias que no han sido divididas en circunscripciones electorales, estableciendo cuatro (4) boletas, una por cada nivel de elección: presidencial, senatorial, de diputaciones y municipal, respaldándose en el artículo 92 de la Ley núm. 15-19, Orgánica del Régimen Electoral; por otro lado, para el Distrito Nacional y aquellas provincias que están divididas en circunscripciones electorales para la elección de diputados y diputadas por circunscripción territorial, establece el cómputo de todos los votos obtenidos por el partido en la provincia, a los candidatos a se-

nadores, bajo lo preceptuado en la Resolución núm. 04-2019, del nueve (9) de abril de dos mil diecinueve (2019), de la Junta Central Electoral.

- g. Tras el análisis de los argumentos expuestos y al confrontar las disposiciones acusadas con la Constitución, este tribunal verifica que ciertamente, las disposiciones contenidas en la norma objeto de impugnación propenden al fraccionamiento territorial y de los sufragantes electorales. A esos efectos crea dos categorías de ciudadanos al limitar el ejercicio de las prerrogativas de elegir el senador y el diputado por el cual voluntariamente ha optado: 1) los que tendrán derecho al ejercicio del voto libre y directo y 2) los que no; las consecuencias que se derivan del trato desigual (art. 39 de la Constitución) respecto de los electores que conforman las circunscripciones expresamente señaladas en el numeral segundo de la resolución en cuestión, transgreden frontalmente los derechos fundamentales de ciudadanía, a la elección de las y los legisladores en la contienda electoral, así como también el derecho al sufragio universal contenidos en los artículos 22, 77 y 208 de la Constitución.¹¹⁹

Otro yerro considerable resulta de los casos cuando, habiéndose invocado la transgresión de la cláusula de igualdad dispuesta en el artículo 39 de la Constitución, no se aplica el test de igual-

119 TC/0440/19, del diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

dad,¹²⁰ como sucede en las sentencias TC/0281/19 y TC/0019/20, las cuales incluyen sendos votos disidentes de la magistrada Alba Luisa Beard Marcos, en los que hace reprimendas específicas por la no aplicación del test:

La sentencia adoptada por este plenario, enarbola que tal medida no converge con el principio de igualdad instituido en la constitución, pero esta decisión llega a este punto, sin aplicar a esta disposición normativa el test de igualdad que ha venido utilizando este tribunal para analizar ese principio desde la pretoriana sentencia núm. TC/0033/12 de fecha 15 de agosto del 2012, por tanto, no puede concluir este plenario en ese sentido sin hacer el referido test.¹²¹

19. Que del razonamiento anterior se colige que este mismo tribunal obvió aplicar el test de igualdad, que ya anteriormente había establecido mediante sentencia núm. TC/0033/12, y al dar tratos distintos frente a supuestos iguales sin elaborar dicho test, la interpretación y aplicación del derecho efectuada resulta violatorio de los propios precedentes de este Tribunal, pues al decidir distinto en el caso de la suspensión del agua al condómine, pues estamos ante dos procesos cuya única distinción es la forma de pago y el titular ante quien se efectúa el pago, ya que el usuario de vivienda unifamiliar paga directamente

120 Cfr. TC/0379/17, del once (11) de julio de dos mil diecisiete (2017), donde tampoco se aplica el test.

121 TC/0281/19, del ocho (8) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

al Estado, y el usuario de las unidades funcionales correspondientes a los condominios paga también al Estado, pero a través de la Administración del referido condominio.¹²²

También falla la aplicación metodológica y precisa del test cuando habiéndose comprobado que no se está ante sujetos o supuestos similares, es decir, al aplicar el *tertium comparationis*, y se continúa con los siguientes pasos del juicio de igualdad, cuando la no satisfacción de dicho elemento implica la no aplicación del mismo debido a su carácter consecuente.¹²³ Dicha situación se puede verificar en la sentencia TC/0522/20, del veintinueve (29) de diciembre de dos mil veinte (2020) en donde se señaló lo siguiente:

9.13. Determinar si las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares. Con respecto a este elemento, partimos de la evaluación de los sujetos bajo revisión, acreedor y deudor, a fin de determinar la supuesta situación similar en que se encuentran dichos sujetos, cabe señalar que en cuanto a este primer elemento del juicio del test, el Tribunal ha dicho que: [...] si bien tanto una entidad de intermediación financiera como una persona física dedicada a la actividad de prestamista desarrollan una actividad económica en común, como lo es el préstamo con garantía inmobiliaria, ambas lo desarrollan sometidas a condiciones, regulaciones y normativas completamente distintas. 9.10. En ese contexto, en la

122 TC/0019/20, del seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020).

123 TC/0060/14, del cuatro (4) de abril de dos mil catorce (2014).

especie ha quedado establecida la inexistencia del primer requisito del test de igualdad, al tratarse de casos o situaciones distintas, pues se intenta confrontar en condición de supuesta igualdad a un particular dedicado a una actividad económica de prestamista frente a entidades de intermediación financiera sometidas a una formalidad y marco jurídico más estricto. Sentencia TC/0060/14 del cuatro (4) de abril de dos mil catorce (2014).

Por lo que partiendo de estos argumentos dichos ya por este tribunal constitucional se configura que entre los elementos expuestos no hay similitud por tanto no hay violación al principio de igualdad en este orden.

9.14. Analizar la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado. Con relación a este segundo elemento del test, en la misma sentencia antes referida este colegiado señaló lo siguiente: Al referirnos a la diferenciación normativa que se evidencia en el trato de la ley en el caso específico, es imprescindible señalar que este embargo inmobiliario abreviado beneficia a toda entidad de intermediación financiera debidamente constituida, las cuales se encuentran sometidas a numerosos controles y fiscalizaciones, lo cual no se puede asimilar ni equiparar a la práctica económica de un particular dedicado al préstamo, el cual se encuentra en una situación totalmente disímil de regulación a la anteriormente descrita. En este orden es entendible que al no ser sujetos iguales o similares pues la normativa que los ampara será siempre distinta, por lo que no hay trato desigual con relación a la norma atacada.

La no aplicación del test no significa, *ipso facto*, que no se vaya a tutelar el derecho a la igualdad de forma correcta, pero tiñe de discrecionalidad la actuación de los jueces, debido a la ausencia de un criterio claro para determinar su uso en determinados supuestos. Ello resta objetividad, precisamente una de las razones esbozadas por el propio Tribunal Constitucional en la citada sentencia TC/0033/12 como razón para adoptar el test.

Por otro lado, a través de la aplicación correcta del test de igualdad la Alta Corte ha consolidado varios criterios los cuales han significado un blindaje especial a la cláusula fundamental dispuesta por el artículo 39 de la Constitución.

Tal es el caso de la discriminación por el lugar de residencia, criterio que inicialmente fue analizado en la citada sentencia TC/0033/12, del quince (15) de agosto de dos mil doce (2012), respecto a la violación a la igualdad que significaba que un dominicano residente en el extranjero pagase un 50 % más del valor del impuesto sucesoral en comparación con el dominicano residente en el país.

La consolidación de este criterio se puede observar en la sentencia TC/0440/19, al declarar no conforme con la Constitución el fraccionamiento territorial para el ejercicio del derecho al voto por parte de la Junta Central Electoral, en función de crear «dos categorías de ciudadanos» en atención a si residían en el Distrito Nacional y las provincias divididas en circunscripciones electorales y el resto de ciudadanos, aunque en esta no se respeta metodológicamente la aplicación del test de igualdad.

De igual forma, en la sentencia TC/0482/20, del veintinueve (29) de diciembre de dos mil veinte (2020), donde se declaró inconstitucional la imposibilidad de elegir para que los ciudadanos

extranjeros eligiesen, mediante lista cerrada y desbloqueada, el representante de su circunscripción, tal y como lo hacen los dominicanos residentes en el país. En ese sentido el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

12.6. En el caso que nos ocupa, se trata de sujetos que se encuentran bajo una situación similar, es decir, tanto el dominicano residente en el país, como el residente en el extranjero, a la hora de ejercer su derecho a elegir sus representantes a la Cámara de Diputados. En cuanto a la adecuación e idoneidad del trato diferenciado, del examen de las normas impugnadas y los argumentos de las partes no parece existir razón jurídica proporcional y razonable alguna que justifique el hecho de que un ciudadano dominicano que resida en el extranjero no pueda elegir mediante lista cerrada y desbloqueada el representante de su circunscripción, tal y como lo hace el que reside en territorio nacional mediante el voto preferencial.

12.7. El artículo 111 de la Ley núm. 15-19, Orgánica de Régimen Electoral y los artículos 18 y 2 del Reglamento para el Voto del Dominicano en el Exterior, que establecen que las candidaturas para diputados en representación de la comunidad dominicana en el exterior son presentadas por los partidos y agrupaciones políticas legalmente reconocidas en la Junta Central Electoral, mediante listas cerradas y bloqueadas, no resultan conformes al principio de igualdad instituido en el artículo 39.1 de la Constitución de la República Dominicana

ni al artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al consignar una diferencia en el alcance del voto para el que reside en el extranjero, no pudiendo dicho ciudadano dominicano contar con que su voto sea computado directamente en el candidato de su preferencia tal y como sucede con el ciudadano dominicano que reside en República Dominicana, a pesar de tratarse de la escogencia de cargos electivos de la misma naturaleza (diputados y diputadas), lo cual constituye una discriminación en función del lugar de residencia.

La importancia de esta herramienta también se puede observar en situaciones de desigualdad que históricamente se aplicaban respecto a las uniones matrimoniales, tal es el caso del artículo 27 de la Ley núm. 1306-Bis, sobre divorcio, que supeditaba la admisión del divorcio por mutuo consentimiento a que los esposos tengan por lo menos dos (2) años de casados y menos de treinta (30) años de unión, de igual forma limitaba el acceso a este tipo de divorcio cuando el esposo y la esposa tuviesen por lo menos 60 y 50 años de edad, respectivamente. Mediante la sentencia TC/0226/21, del treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021), se señaló lo siguiente:

11.7. Respecto al primer elemento del referido test de igualdad, consistente en determinar si la situación de los sujetos bajo revisión es similar. Esta sede constitucional ha verificado que, en este caso, los sujetos sometidos a revisión son los cónyuges, los cuales, bajo los parámetros de la legislación dominicana, tuvieron la aptitud necesaria para contraer matrimonio al momento de adoptar la

decisión. Sin embargo, para ejercer el derecho al divorcio por mutuo consentimiento se requiere la satisfacción de algunas condiciones, así como el respeto a ciertas limitaciones, en caso de los cónyuges optar por disolver el vínculo matrimonial. En efecto, de acuerdo con el impugnado artículo 27, la admisión legal del divorcio exige, de una parte, que los esposos tengan por lo menos dos (2) años de casados; de otra parte, se les prohíbe su realización cuando tengan treinta (30) años o más de vida común. Tampoco se admite el divorcio cuando el esposo y la esposa tengan por lo menos 60 y 50 años de edad, respectivamente.

11.8. La última exigencia legal enunciada revela falta de similitud en lo relativo al acceso al divorcio por mutuo consentimiento del hombre y la mujer, pues, si bien incumbe al legislador disponer las condiciones para el establecimiento de las modalidades de divorcio, debe configurar su regulación sujetándose al respeto de los principios, reglas y valores constitucionales. En el presente caso se evidencia una vulneración al principio de igualdad prescrito en el artículo 39 de la Carta Sustantiva, de acuerdo con el cual ninguna persona puede ser discriminada por razones de edad; aspecto que viola el impugnado artículo 27 de Ley núm. 1306-Bis, al disponer la inadmisibilidad del divorcio por mutuo consentimiento cuando el esposo tenga por los menos 60 años de edad y la esposa, 50 años de edad. En consecuencia, debe considerarse al respecto que el primer elemento del test de igualdad resulta insatisfecho.

11.9. En esta misma línea argumentativa, entendemos también pertinente reiterar el criterio planteado por el dictamen de este colegiado en su Sentencia TC/0601/17, mediante el cual prescribió lo siguiente: «9.17. Consideramos, entonces, que, así como las personas tienen, como factor inherente a su desarrollo, la libre voluntad para contraer matrimonio, pueden también romper el vínculo matrimonial mediante el divorcio, siempre que se utilicen los mecanismos dispuestos por el legislador [...]». Esta última observación nos permite concluir, en consecuencia, que el texto cuya constitucionalidad se impugna, además de afectar el derecho a la igualdad, constituye igualmente un atentado al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 43 de la Constitución.

11.10. El segundo elemento del test de igualdad impone analizar la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado entre los sujetos considerados. Al respecto, esta sede constitucional estima que tanto la demora obligatoria de dos años (con posterioridad a la fecha de celebración del matrimonio) para ejercer el derecho al divorcio por mutuo consentimiento, como su prohibición después de 30 años de convivencia matrimonial (según dispone la disposición impugnada), colisionan frontalmente con los parámetros racionales normativos inherentes a una disposición legal.

11.11. En el presente contexto, este órgano de justicia constitucional estima irrazonable y desproporcionado la prohibición impuesta a los cónyuges de interrumpir

por mutuo acuerdo su proyecto de vida común, cuando así lo decidieren, luego de haber voluntariamente otorgado su consentimiento para contraer matrimonio. Obsérvese al respecto que este colegiado, mediante la aludida Sentencia TC/0601/17, precisó, en cuanto a la libertad inherente a contraer matrimonio, lo que sigue: «9.13. El matrimonio, como la familia, se erige por la “decisión libre” de dos personas –esto es, un hombre y una mujer– y por la “voluntad responsable” de conformar una familia. Esto significa que, en virtud de esa libertad de actuar, un hombre y una mujer pueden unirse en matrimonio o simplemente unirse en pareja y de esta manera constituir una familia.»

11.12. Además, este elemento del reiterado test de igualdad conmina a esta sede constitucional a evaluar la adecuación e idoneidad del trato diferenciado. En este punto, debemos destacar el argumentado invocado por la Procuraduría General de la República, en lo atinente al trato diferenciado suscitado entre el cuestionado artículo 27 de la Ley núm. 1306-Bis (al establecer limitaciones a los cónyuges dominicanos residentes en el territorio para acceder al divorcio por mutuo consentimiento) y su artículo 28 (modificado por la Ley 14226). Esta última disposición, como sabemos, regula el denominado «divorcio al vapor», destinado exclusivamente a extranjeros o nacionales dominicanos residentes fuera de nuestro país, interesados de mutuo acuerdo en ejercer el derecho al divorcio en el territorio dominicano. Al respecto, cabe destacar la inaplicación de las condiciones

prescritas por el referido artículo 27 de la Ley 1306-Bis, sobre divorcio, tanto a los cónyuges extranjeros, como a los esposos dominicanos residentes en el exterior, según dispone el artículo 28 del indicado estatuto, en los términos siguientes:

«Los esposos estarán obligados, antes de presentarse al Juez que debe conocer la demanda: al formalizar un inventario de todos sus bienes muebles o inmuebles; 2) convenir a quien de ellos confiase el cuidado de los hijos nacidos de su unión, durante los procedimientos y después de pronunciado el divorcio; 3) convenir en qué casa deberá residir la esposa durante el procedimiento, y cuál la cantidad que, como pensión alimenticia, deberá suministrarle el esposo mientras corren los términos y se pronuncia la sentencia definitiva.

Párrafo I.- Todas estas convenciones y estipulaciones deberán formalizarse por acto auténtico.

Párrafo II.- una vez cumplidas las anteriores formalidades, los esposos, personalmente o representados por mandatarios con poder auténtico, y provistos de los actos en que consten las estipulaciones a que se refiere el presente artículo, como asimismo de una copia del acta de matrimonio y de las actas de nacimientos de los hijos procreados durante el matrimonio, se presentarán al Juez de Primera Instancia de su domicilio, declarándole que tiene el propósito de divorciarse por mutuo consentimiento, y que, al efecto le piden proveimiento en forma para establecer su demanda.

Párrafo III.- A falta de los actos de nacimiento, por ausencia de éstos en los registros del Estado Civil, los actos de notoriedad tendrán su validez.

Párrafo IV.- En el caso de los cónyuges dominicanos residentes en el extranjero, las convenciones y estipulaciones podrán ser redactadas a través de apoderados especiales y firmadas por éstos por ante un Notario Público de la jurisdicción que ellos indiquen, en el acto contentivo del poder. En dichas convenciones y estipulaciones, las partes otorgarán, de manera expresa, competencias a un Juez de Primera Instancia de la misma jurisdicción señalada por ellos en el poder, para conocer y fallar sobre el Divorcio.

Párrafo V.- Los extranjeros que se encuentran en el país aún no siendo residentes, podrán divorciarse por Mutuo Consentimiento, siempre que, hallándose por lo menos uno de ellos presente en la audiencia, y el otro representado por apoderado especial, convengan de manera expresa en atribuir competencia a un Juez de Primera Instancia, en el acta de convenciones y estipulaciones levantada por un notario Público de la misma jurisdicción del Tribunal por ellos señalado. Para el caso previsto en este párrafo, no serán aplicables las disposiciones del art. 27 de esta Ley».

11.13. Con base a la argumentación previamente expuesta, debe observarse que, tal como sostuvo la Procuraduría General de la República con relación al presente caso, la propia Ley núm. 1306-Bis de divorcio, promueve un trato discriminatorio entre los nacionales residentes interesados en divorciarse por mutuo consentimiento

y los nacionales residentes en otro país, así como con los extranjeros. Como hemos visto, dependiendo de su condición migratoria se establecen condiciones distintas para acceder al mismo mecanismo judicial, generándose desigualdad, razón en cuya virtud el impugnado artículo 27 tampoco supera el segundo elemento del test de igualdad.

11.14. Como tercer elemento, el test de igualdad señala la necesidad de destacar los fines perseguidos por el trato disímil, los medios para alcanzarlos y la relación entre medios y fines. En este tenor, advertimos la relevancia de subrayar que el artículo impugnado en inconstitucionalidad forma parte de una ley promulgada en el año mil novecientos treinta y siete (1937); es decir, en una época donde la realidad política y social de la República Dominicana era totalmente distinta a la actual. De esto resulta la importancia para el Tribunal Constitucional de impedir que normativas irracionales continúen formando parte del ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de derecho, como es la República Dominicana, según el artículo 7 constitucional. En esta tesitura, advertimos que la norma cuestionada tampoco supera este último elemento del analizado examen de igualdad.

Por último, una de las manifestaciones más certeras de la cláusula de igualdad y su protección a través del test de igualdad por parte del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, ha sido en correlación al mandato de protección reforzada

de las personas de la tercera edad dispuesto en el artículo 57 de la Constitución dominicana. En ese sentido, el máximo intérprete de la Constitución ha desarrollado toda una doctrina limitando aquellas normas que disponen un trato discriminatorio a personas a partir de determinada edad.

Dicha doctrina se verifica en decisiones como la TC/0461/21, del tres (3) de diciembre de dos mil veintiuno (2021):

Sobre el primer requisito, este Tribunal entiende que se cumple, pues las personas mayores de edad y menores de 55 años se encuentran bajo una situación similar, es decir, ambos sujetos son comparables desde el punto de vista en que no hay una distinción importante, más allá de la edad.

Sobre el segundo requisito, respecto a la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado, este Tribunal es de opinión que dichos parámetros no justifican la exclusión de las personas mayores de 55 años para ingresar a la Carrera Administrativa y Especial en razón de que el numeral 2, del artículo 37, de la Ley núm. 41-08, impugnada en inconstitucionalidad es contrario al mandato constitucional dispuesto en el artículo 57, de la Constitución dominicana respecto a la protección reforzada de las personas de tercera edad, disposición que lejos de excluirlos de la vida laboral, promueve su integración a la vida activa y comunitaria. En cuanto al tercer requisito, analizar los fines perseguidos por el trato disímil, los medios para alcanzarlos y la relación entre medios y fines, tampoco se justifica

la relación medio-fin ni el trato disímil con este grupo de personas exclusivamente en razón de la edad, pues contrario a lo que dispone dicha norma, se estaría discriminando a un grupo de personas exclusivamente por su edad, la cual conforme a la Sentencia TC/0005/20, estableciendo lo siguiente:

Y es que resultaría contradictorio el hecho de que, por un lado, la Constitución, en su artículo 57, establezca como deber del Estado la promoción de las personas de la tercera edad en la vida activa, mientras que, por el otro, el Congreso apruebe una ley que limite el acceso al disfrute de cualquier derecho fundamental basado exclusivamente en el criterio de la edad.

Igualmente, en la Sentencia TC/0093/12, este Tribunal Constitucional dispuso la inconstitucionalidad de los artículos 1, literales a) y c); 2, y su párrafo; 3 y 6 del Decreto núm. 452-02, del Poder Ejecutivo, que establecía un límite de edad de setenta (70) años para pagar las cuotas de las viviendas de interés social argumentando que con dicha norma:

...se está excluyendo por razones de edad a potenciales propietarios de viviendas que no pudieran pagar la totalidad de las cuotas antes de llegar a esa edad, limitación ésta que no está contemplada en la ley que rige la materia y que además no fue consignada en el contrato, por lo que la misma deviene en inconstitucional al resultar discriminante para la población en dicho rango de edad. Otro argumento que refuerza la contradicción de dicha

normativa impugnada en inconstitucionalidad es el Considerando Tercero de la Ley núm. 41-08, que establece que «los niveles de desarrollo socio-económico de las naciones más avanzadas se vinculan con la puesta en práctica de sistemas de administración pública basados en la profesionalización que resulta de la aplicación de principios meritocráticos», contrario a la práctica de fijar requisitos discriminatorios en base a la edad para limitar el desarrollo profesional de un determinado grupo de personas.

En vista de los argumentos anteriores, este Tribunal procederá a acoger la referida acción directa en inconstitucionalidad en contra del numeral 2, del artículo 37, de la Ley núm. 41-08, de Función Pública, del dieciséis (16) de enero de dos mil ocho (2008), por vulnerar el principio de igualdad contenido en el artículo 39 de la Constitución dominicana.

Finalmente, se hace preciso aclarar que el texto del numeral 2 del artículo 37 de la Ley núm. 41-08 de Función Pública, del dieciséis (16) de enero de dos mil ocho (2008), regula un requisito múltiple, toda vez que expresa: «2. Tener edad inferior a los cincuenta y cinco (55) años y no ser acreedor del beneficio de jubilación o pensión». No obstante, el aspecto declarado inconstitucional es exclusivamente el relativo a tener edad inferior a los cincuenta y cinco (55) años y, al resultar anulable solamente esa condición y no el texto íntegro del numeral 2 del artículo 37, procede declarar su nulidad mediante la modalidad de una sentencia reductora [...].

De esta forma el carácter informador del principio de igualdad es reconocido como uno de los valores supremos desde el preámbulo de la Constitución y la aplicación de una herramienta como el test de igualdad, permiten la protección reforzada de múltiples derechos.

CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y SEVERIDAD DEL TEST

El origen del concepto de «categoría sospechosa», como vimos previamente, lo encontramos en la aplicación del escrutinio estricto por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Esto así pues las distinciones que se analizaban se hacían sobre bases consideradas sospechosas. De forma concreta se aplicó un escrutinio más severo en el caso *Korematsu v. United States*, respecto a la prohibición de residir en determinadas áreas militares a descendientes de japoneses, allí la Corte Suprema puntualizó lo siguiente: «Debe hacerse notar, para empezar, que toda restricción legal que disminuye los derechos civiles de un grupo racial son inmediatamente suspicaces. Esto no quiere decir que tales restricciones son inconstitucionales. Lo que se quiere decir es que las cortes la deben someter al más estricto escrutinio».¹²⁴

El reclamo del señor Korematsu fue rechazado, pero sobre la base de un escrutinio estricto y avisando ya de esas restricciones suspicaces. Recientemente, el precedente *Korematsu v. United States* fue parcialmente derogado por el caso *Trump v. Hawaii*,¹²⁵ que validó la restricción de viajes a los Estados Unidos de personas de varias naciones, allí el juez ponente John Roberts plasmó lo siguiente: «The dissent's reference to *Korematsu*, however, affords

124 Andrea Rosario Íñiguez Manso, «La noción de “categoría sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLIII, Valparaíso, 2014, pp. 497-498, [En línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200013

125 Corte Suprema de los Estados Unidos, núm. 17-965, 585 U. S. ____ (2018), *Trump v. Hawaii*.

this Court the opportunity to make express what is already obvious: Korematsu was gravely wrong the day it was decided, has been overruled in the court of history, and –to be clear– has no place in law under the Constitution» [La referencia de la disidencia a Kormatsu, sin embargo, brinda a este Tribunal la oportunidad de expresar lo que ya es obvio: Korematsu se equivocó gravemente el día en que se decidió, ha sido anulado en la historia de la Corte y, para ser claros, «no tiene lugar» en la ley según la Constitución].

A partir de ahí, sendas decisiones como la anteriormente citada *Brown v. Board of Education of Topeka*, *Bolling v. Sharpe* y *Loving v. Virginia*, profundizaron el concepto al abordar situaciones involucradas con asuntos raciales. El impacto de estas en la noción de categorías sospechosas es brillantemente abordado por la doctora Íñiguez Manso:¹²⁶

En «*Bolling v. Sharpe*» se reclamaba en contra de la segregación en los colegios públicos de Columbia, lo cual afectaba los derechos conforme la quinta enmienda de los niños de color. La Corte acogió el reclamo y señaló que cuando se clasifique tomando como base solo la raza se debe practicar un escrutinio con un cuidado superior por ser contrarias a nuestras tradiciones y por lo tanto constitucionalmente sospechosas.

Mientras que en «*Loving v. Virginia*» la Corte aplicó expresamente el escrutinio estricto. El caso se relaciona con el matrimonio formado por Richard Loving, de raza blanca, quien en 1958 se casó con Mildred Jeter, una mujer de color. Ambos eran residían en Virginia,

126 A. R. Íñiguez Mando, op. cit., pp. 497-500.

pero las leyes estatales no permitían que una persona blanca se casara con una de otra raza. En consecuencia, la pareja se casó en Washington D. C. y luego volvieron a Virginia en donde fueron procesados por infracción a las leyes del Estado sobre matrimonios interraciales. En 1959 se les condenó a una pena de un año de cárcel, la cual sería conmutada si la pareja se comprometía a no volver juntos a dicho Estado en los próximos 25 años. El matrimonio se mudó de Virginia pero presentó una demanda contra las leyes de dicho Estado, alegando que vulneraban la decimocuarta enmienda. El fin alegado por el Estado era el de «mantener la integridad racial de sus ciudadanos» y evitar «la corrupción de la sangre». La Corte Suprema acogió la petición y reivindicó que «la cláusula de igual protección demanda que las clasificaciones raciales especialmente en estatutos criminales, deben sujetarse al más “estricto escrutinio”». Agrega que «no hay un propósito decisivo independiente de una odiosa discriminación racial que justifique esta clasificación». El hecho que Virginia prohíbe solo matrimonios interraciales que involucran a personas blancas demuestra que las clasificaciones raciales deben quedar en su propia justificación como una medida para mantener la supremacía blanca ¹²⁷.

El caso *Bolling v. Sharpe* fue todo un *landmark case*, al eliminar la segregación de las escuelas públicas en el Distrito de Columbia.

127 Ibidem.

Aun cuando no lo hizo en el contexto de la *equal protection of the law*, sino bajo el debido proceso. Además de aplicar la doctrina de *reverse incorporation*, a través de la cual las primeras diez enmiendas se hacen aplicables a todos los estados a través de la cláusula del debido proceso. Y el caso *Loving v. Virginia*, cuyo impacto alcanza nuestros días, sirviendo de inspiración para varias producciones cinematográficas y la celebración cada 12 de junio del *Loving Day*.

En palabras de Samantha Besson,¹²⁸ las categorías sospechosas son aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben ser utilizadas para establecer diferencias entre individuos y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria.

En la República Dominicana las categorías sospechosas no ameritan de una construcción pretoriana, el propio artículo 39 de la Constitución lista, de manera enunciativa, varias de estas categorías las cuales deben ser consideradas sospechosas por el legislador y los jueces. Esto así cuando señala lo siguiente: «sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad,¹²⁹ discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal».¹³⁰

Para República Dominicana podemos aplicar, *mutatis mutandi*, las palabras de la Corte Constitucional de Ecuador¹³¹ respecto a

128 Samantha Besson, «Evolutions in non-discrimination law within the ECHR and the ESC systems: It takes two to tango in the council of Europe», *The American Journal of Comparative Law* 60, 2012, pp. 165-166, citado por José Manuel Díaz de Valdés, «Las categorías sospechosas en el derecho chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, julio 2018, p. 190.

129 Debemos aplicar cierto matiz con la categoría relativa a la edad, pues aspectos como la edad mínima no se suelen considerar como sospechosos. Sobre este punto volveremos más adelante.

130 Constitución Dominicana, artículo 39.

131 Corte Constitucional de Ecuador, sentencia núm. 080-13-SEP-CC, 2013.

que la Constitución establece criterios por los cuales nadie puede ser discriminado y estos son los denominados por la doctrina como categorías sospechosas. Estas son criterios utilizados tanto por el Estado como por los particulares con el fin de realizar diferencias que difícilmente sean justificables. Continúa la Corte Constitucional de Ecuador explicando:

«La calificación de una categoría como sospechosa no es una cuestión menor, desde que aquella deposita en aquel que realiza la distinción la carga de la demostración argumentativa de que existe un interés estatal urgente, si se trata del ámbito estatal, o de una excepción basada en lo que la jurisprudencia de los Estados Unidos ha denominado “calificación ocupacional de buena fe”, si la distinción se realizara en la actividad privada a fin de superar la presunción de inconstitucionalidad. Así, las categorías sospechosas para esta Corte Constitucional son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos «diferentes» respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos.¹³²

El concepto actual de igualdad, en los términos abordados en el primer capítulo, prohíbe terminantemente realizar distinciones

132 José David Ortiz Custodio, «La Corte Constitucional, el derecho a la igualdad y las categorías sospechosas», *Iuris Dictio*, núm. 21, 2018, pp. 83-84.

basadas en características como las listadas por la Constitución en la parte capital del artículo 39. La igualdad pasa a manifestarse como no discriminación por factores asociados a la pertenencia a ciertos grupos, lo cual constituye una elaboración, más sofisticada si se quiere, de la fórmula aristotélica de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Al presentarse cualquier distinción basada en estos puntos se debe encender una especie de alerta constitucional, en virtud de la cual se exija al legislador, *a priori*, una justificación más estricta y razonada y, a los jueces constitucionales, la aplicación de un escrutinio más estricto, en definitiva, con una carga estatal mucho más pesada.

Un test más estricto, con la correspondiente agravante justificativa para el Estado o quien defienda la constitucionalidad de la norma, permite que a través del control judicial se identifique si la distinción cuenta con una justificación racional, pues es mayor el riesgo de ser fruto de prejuicios o estereotipos. Esto, como bien señala el profesor argentino Guillermo Tracey¹³³ no necesariamente debería llevar a concluir que siempre una medida que distinga sobre la base de una categoría sospechosa sea inexorablemente inconstitucional.

Para poder entender el impacto y la trascendencia de proteger de forma reforzada esos grupos que constituyen categorías sospechosas, procederemos a analizar algunas de las listadas por el artículo 39 de la Constitución dominicana:

- En primer lugar, la Constitución dominicana habla de *género*, un concepto más amplio que el *sexo*, me-

133 Guillermo F. Tracey, «Categorías sospechosas y control de constitucionalidad», Lecciones y Ensayos, núm. 89, 2011, p. 199.

ramente biológico, pero que para definir deberíamos abrir todo un debate que haría interminable el presente abordaje. Por ello nos quedaremos con el género como una construcción cultural que es cambiante y atiende a la época y la cultura misma.

Las distinciones cuando versan sobre el sexo, más si lo hacen de manera explícita, van directamente a estereotipos o prejuicios los cuales generan ese estigma sospechoso de inconstitucionalidad. Tradicionalmente estas distinciones han ido en detrimento de las mujeres, históricamente discriminadas, de allí que la disposición constitucional se vea seriamente reforzada en el bloque de constitucionalidad por sendas convenciones internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Se busca evitar, de forma contundente, la clasificación por género o sexo y, con ello, se creen o perpetúen la inferioridad legal, social o económica,¹³⁴ *esencialmente*, de la mujer. Es por esto que la Constitución dominicana le dedica, a parte de la mención en párrafo capital del artículo 39, uno de sus numerales para enunciar lo siguiente: «4) La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género;».

Respecto a esta categoría el Tribunal Constitucional dominicano ha tenido la oportunidad de referirse a situaciones discrimi-

134 Ibidem, pp. 200-201.

natorias por sexo, como ocurrió con la obligación de la mujer a esperar diez meses para volver a contraer matrimonio:

9.3. El texto cuestionado impone a la mujer que se divorcia un requisito para poder casarse de nuevo, no así al hombre, ya que mientras la mujer se le obliga a esperar diez meses, el hombre puede hacerlo en el momento que lo decida. En este caso, sin embargo, la desigual estaba razonablemente justificada, es decir, que estamos en presencia de una discriminación objetiva, en razón de que como se explicará en los párrafos que siguen, al prohibirle a una mujer casarse antes de que transcurran el referido plazo pretendía proteger al niño o niña.

9.4. En efecto, con la prohibición objeto del análisis lo que se pretendía era evitar que la mujer llegara al segundo matrimonio en estado de embarazo, de manera deliberada o no, en razón de que se consideró, al momento de redactar la norma en cuestión, que tal situación plantearía dificultades en lo que respecta a la paternidad de la criatura, dificultades que crearían las condiciones para el surgimiento de conflictos judiciales que no solo tendrían consecuencias negativas para la cohesión y la convivencia de la familia sino que también produciría graves secuelas psicológicas al niño o niña de que se trate. [...].

9.8. En coherencia con lo indicado en el párrafo anterior, conviene confrontar el texto objeto de la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa con los principios y valores constitucionales en los cuales descansa el Es-

tado Social y Democrático de Derecho que se organiza y estructura en la Constitución vigente. En particular, el análisis hermenéutico se abordará teniendo como parámetro el principio de razonabilidad y la dignidad humana, valor esencial de las democracias modernas.

[...].

9.10. En cuanto al análisis del fin buscado, la norma lo supera, porque permitir el matrimonio antes de transcurrir el referido plazo podría generar dificultades, consistentes en que el antiguo esposo pudiera reclamar la paternidad del niño o la niña nacida después del segundo matrimonio, pero antes de los diez meses, fundamentado en la presunción de paternidad previsto en el artículo 312 del Código Civil.

[...].

9.16. En cuanto al medio empleado, resulta evidente que el mismo no se justifica en la actualidad, ya que conforme a lo expuesto anteriormente, para evitar dificultades en la determinación de la paternidad de una niña o de un niño existe la referida prueba de ADN, de manera que no es necesario condicionar un segundo matrimonio de la mujer a que espere que transcurra el plazo de diez meses previsto en la norma cuestionada».¹³⁵

Entendemos que la Alta Corte dedicó mucho de su fundamentación a justificar las razones históricas de la distinción realizada, pero a fin de cuentas determina, de forma acertada, que se trata

135 TC/0070/15, del dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).

de una distinción insostenible en la actualidad. El asunto no se conoció como un caso de categoría sospechosa y no se aplicó el test de igualdad, sino el test de razonabilidad, sin embargo, es una clara muestra de una norma de clasificación por sexo, el cual podía ser sometido a un escrutinio más severo para, como al final hizo el Tribunal Constitucional, determinar su inconstitucionalidad.

El artículo 39, señala el *color* y la *nacionalidad*, el primero de estos, como hemos visto, ha sido en Estados Unidos la principal categoría sospechosa para la cual se ha aplicado el escrutinio estricto. Conforme el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación racial esta se refiere a: «Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública».

Respecto de la discriminación racial, el Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,¹³⁶ resalta la existencia de una discriminación histórica respecto de las personas de origen haitiano, así como de los dominicanos afrodescendientes. Sobre este punto, resalta la discriminación estructural contra personas de ascendencia haitiana y la discriminación intersectorial contra personas de ascendencia haitiana.

Aquí lo procedente es aplicar el principio de anticlasificación el cual prohíbe diferenciar o catalogar a personas, de manera abierta

136 Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2015.

o encubierta, en base a una categoría prohibida.¹³⁷ Ortiz Custodio¹³⁸ explica que este principio considera que el solo uso de una categoría sospechosa como el color o la raza, resulta ofensivo a la dignidad humana, por lo que se debe analizar mediante el escrutinio estricto. Se trata, además, de un principio simétrico, que implica el sometimiento al test estricto y presumir su inconstitucionalidad, al margen de que el uso de la categoría sospechosa sea para perjudicar o beneficiar.

Edad, como adelantamos precedentemente, la edad se encuentra en el listado de categorías expresamente listadas por la Constitución, sin embargo, es preciso realizar una serie de matices para contextualizar la misma. Clasificaciones que exigen edades mínimas suelen ser admitidas a nivel internacional, sin considerarse la distinción como una sospechosa.

Por ejemplo, el establecimiento de la edad mínima es constitucional porque se enmarca dentro de la libertad de configuración del legislador y no vulnera la igualdad ni establece discriminación, esto así porque: (i) se persigue una finalidad legítima, cual es la búsqueda de personal más calificado para desempeñar funciones públicas; (ii) la edad ha sido encontrada por la jurisprudencia de esta corporación como un medio adecuado para conseguir tal fin y (iii) tal medio es razonable y proporcionado.¹³⁹

En ese sentido, respecto al requerimiento de una edad mínima, la Corte Constitucional de Colombia, señaló que su establecimiento como requisito para un cargo público no era un criterio sospechoso, además de reconocerle al legislador libertad a la hora

137 Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, «The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?», *University of Miami Law Review*, núm. 58, pp. 9-33. <https://doi.org/10.2139/ssrn.380800>

138 J. D. Ortiz Custodio, op. cit., p. 90.

139 S. Insignares-Cera y V. Molinares-Hassan, op. cit., p. 110.

de configurar los requisitos para los cargos públicos, por lo que la distinción debe aplicársele un test débil de razonabilidad. Admitiendo que se trata de un punto donde el legislador tiene mayor discrecionalidad y, por tanto, el juez constitucional debe respetar esa libertad del legislador.¹⁴⁰

En República Dominicana las normas que establecen distinciones basadas en una edad mínima son muchas, presentes desde el mismo texto constitucional, el cual exige una edad mínima para ser presidente y vicepresidente de la República, diputado, senador, ministro y viceministro, juez de la Suprema Corte de Justicia, gobernador civil, miembro de la Cámara de Cuentas. Regulación extendida a las leyes adjetivas.

Distinto sucede con el establecimiento de una edad máxima, para lo cual tribunales como la Corte Constitucional de Colombia sí han aplicado un escrutinio más severo, entendiendo que el límite de edad sí es un criterio sospechoso, pues una vez alcanzada determinada edad es imposible volver atrás, haciendo de la inmodificabilidad, el elemento diferenciador con la edad mínima.¹⁴¹

En ese tenor, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana se ha pronunciado declarando la inconstitucionalidad de una norma que limita el acceso a disfrutar de un derecho fundamental basado en una medida discriminatoria relacionada con la edad, esto mediante la sentencia TC/0093/12, del 21 de diciembre de 2012:

9.3.4. Asimismo, se ha podido advertir que la modificación unilateral introducida por el literal a), del artículo 1, del referido Decreto No. 452- 02 a los

140 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-452 de 2005.

141 Ibidem.

contratos de viviendas de interés social en el sentido de que los beneficiarios deberán tener como límite para el pago de las cuotas fijadas la edad de setenta (70) años, constituye una disposición discriminante en perjuicio de las personas envejecientes que no se corresponde con las (sic) obligación constitucional que pesa sobre el Estado de protección a las personas de la tercera edad (artículo 57 de la Constitución de la República), ni con la letra y espíritu del artículo 10 de la Ley No. 352-98, de fecha quince (15) de agosto del mil novecientos noventa y ocho (1998) sobre Protección de la Persona Envejeciente que reza de la siguiente manera: «Artículo 10.- Todo (a) envejeciente tiene derecho a una vivienda digna y adecuada. El Instituto Nacional de la Vivienda, la Administración General de Bienes Nacionales y las demás entidades públicas relacionadas con la vivienda, le proveerán mayores facilidades de financiamiento para la obtención de su vivienda [...]». Al establecer el Decreto en cuestión, que el límite de pago de las cuotas de las viviendas de interés social deberán ser pagadas antes del beneficiario cumplir los setenta (70) años, está excluyendo por razones de edad a potenciales propietarios de viviendas que no pudieran pagar la totalidad de las cuotas antes de llegar a esa edad, limitación ésta que no está contemplada en la ley que rige la materia y que además no fue consignada en el contrato, por lo que la misma deviene en inconstitucional al resultar discriminante para la población en dicho rango de edad.

Este criterio fue recientemente reiterado por la sentencia TC/0005/20, del 31 de enero de 2020, mediante la cual se declaró contraria a la Constitución una norma que establecía una edad límite máxima para dedicarse a la conducción de vehículos de transporte público como parámetro para mejorar la seguridad del tránsito. La Alta Corte advirtió que resulta contraria a la Constitución toda norma que anule el contenido esencial de la libertad de trabajar basada en una presunción de ineptitud por la edad.

Como se ha señalado previamente, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha sido especialmente cauteloso con esta categoría sospechosa, como sucedió en la citada sentencia TC/0461/21, del tres (3) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) y, más recientemente, en la sentencia TC/0133/22, del doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022), en donde se declaró contraria a la Constitución una norma que impedía que los docentes con más de 25 años de antigüedad en el servicio público o de carrera docente aspiraran al cargo de director regional o distrital:

13.2.6. El primer elemento a analizar consiste en determinar si la situación de los sujetos examinados es similar. En este caso se encuentra, de un lado, el docente que tiene más de veinticinco (25) años de antigüedad en el servicio público o de carrera docente y que aspira al cargo de director regional o distrital; y de otro, aquel que no supera el indicado período y que también aspira a ocupar uno de los cargos mencionados. Así las cosas, en ambos casos se trata de personas que aspiran a participar en el proceso competitivo de selección de candidatos para ingresar a una posición vacante —según corresponda—, por lo que el primer elemento del test queda superado.

13.2.7. El segundo elemento del test se circunscribe a determinar la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado, lo que en la especie implicaría verificar si el establecimiento de un tiempo máximo de servicio público o docente, como límite para garantizar el relevo generacional, cumple con los indicados principios.

13.2.8. En este punto resulta conveniente rescatar el argumento sostenido por el Ministerio de Educación de la República Dominicana (MINERD), que aduce que ya este tribunal constitucional se ha referido al tema de la ordenación de la edad para el ingreso y el ejercicio de las funciones públicas, estableciendo que ello no constituye ninguna discriminación, puesto que se trata de exigencias mínimas requeridas para desempeñar cualquier cargo u oficio.

13.2.9. En respuesta a lo anterior, este tribunal tiene a bien precisar, que ciertamente, tal y como lo ha expuesto la parte accionada, este colegiado constitucional ha establecido que, en principio, no resulta discriminatoria la imposición de una edad límite como condición al ejercicio de determinadas funciones públicas; en efecto, ello viene a ser una manifestación de la discrecionalidad legislativa derivada de lo que disponen los artículos 142 y 143 de la Constitución, que al referirse a la función pública -en términos generales- encarga a la ley la determinación de los aspectos que conformarán esta relación estatutaria, de lo que no escapan las condiciones o requisitos precisados para ingresar al empleo público.

13.2.10. No obstante, en modo alguno podría afirmarse que el hecho de que se admita la posibilidad de establecer un límite de edad, atendiendo a la función o cargo a desempeñar y las consecuentes necesidades del mismo, se constituya en una especie de blindaje que no permita la verificación del cumplimiento de otros parámetros constitucionales, como analizó esta alta corte en el precedente TC/0005/20, del treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte (2020), al conocer de la inconstitucionalidad del artículo 101.2 de la Ley núm. 63-17 en cuanto a establecer la edad máxima de sesenta y cinco (65) años para dedicarse a la actividad de chofer de transporte público se aclaró lo siguiente:

[...].

13.2.11. Establecido lo anterior, este tribunal constitucional concluye que contrario a lo expresado por el Ministerio de Educación de la República Dominicana (MINERD), exigir a los aspirantes a los cargos de director regional o distrital un máximo de veinticinco (25) años de antigüedad de servicio público o desempeño docente, no resulta ser el mecanismo idóneo para asegurar el relevo generacional en las posiciones de dirección del sector educativo público; por el contrario, existen otras medidas menos restrictivas con las que se podría garantizar este fin, como lo serían el establecimiento de plazos máximos de duración en las funciones, o bien, de cuotas para que estos cargos sean ocupados por personas jóvenes, garantizando así la eficacia real de lo que dispone el artículo 55 numeral 13 de la Constitución,

que consagra la obligación del Estado de promover el ejercicio efectivo de los derechos de los jóvenes mediante políticas y programas que aseguren su participación en todos los ámbitos de la vida nacional.

13.2.12. Así mismo, este tribunal considera que la limitación estudiada resulta irrazonable, toda vez que limitar el acceso a participar en un proceso de selección para un cargo superior al que se ostenta atendiendo al tiempo desempeñado en puestos anteriores, más allá de garantizar el relevo generacional se traduciría en una especie de penalización injusta y desproporcionada de la experiencia del aspirante en cargos precedentes, por lo que la misma resulta contraria a la Constitución.

13.2.13. En virtud de los motivos expresados, este tribunal considera que el requisito establecido en el literal h) del artículo 6 de la Ordenanza núm. 24-2017, no satisface el segundo elemento del test de la igualdad y por tanto, resulta contrario al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 39 de la Constitución, por lo que acoge el medio de inconstitucionalidad invocado por la parte accionante y en consecuencia, procede a declararlo no conforme con la Constitución, tal y como se hará constar en el dispositivo de la presente decisión.

Esta postura se consolida aún más con la sentencia TC/0277/23, del dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023), en la cual se aplica el test de igualdad, se hace acopio de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo y de decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de

México, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España, para anular una disposición del Consejo Universitario de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) que impedía el acceso de postulantes a la docencia a partir de los cincuenta (50) años:

11.2.20 Como se puede observar, las normativas comparadas citadas, así como las decisiones jurisprudenciales referidas, si bien justifican limitantes por motivo de edad en el acceso a los puestos laborales e incluso a actividades de función pública, las mismas se justifican en casos en los cuales dichas labores requieren un especial esfuerzo y capacidad física, rechazándose, en tal sentido, las limitaciones apartadas de este criterio por resultar discriminatorias y desproporcionadas.

11.2.21 Asimismo, este Tribunal puede evidenciar que la desigualdad creada resulta tan manifiesta, que la misma configura y condiciona una irrazonable e injustificada especie de discriminación positiva para las personas que se encuentren ya impartiendo docencia sobrepasando los cincuenta (50) años, así como a todos los que en el futuro sobrepasen esta edad impartiendo docencia, pues sólo ellos podrían continuar pasada esta edad en las labores docentes; sin embargo, personas de la misma edad, en similares o mejores condiciones físicas e intelectuales, no podrían ingresar a realizar las mismas funciones.

11.2.22 Y es que si bien nuestra norma sustantiva prevé que El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva

agregando que adoptara medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión, que sienta las bases para que puedan introducirse disposiciones jurídicas para garantizar la igualdad material, estas siempre deben estar supeditadas a que las condiciones fácticas y palpables justifiquen medidas de protección para un determinado segmento o grupo poblacional, debiéndose observar, justificar y explicar la finalidad y efectos de la medida considerada. [...].

11.2.24 En vista de todo lo anterior, y efectuando un análisis armónico de las disposiciones constitucionales invocadas, artículos 39 y 62 de la Carta Magna, así como las directrices trazadas por la OIT en su recomendación supra indicada, se concluye que la disposición impugnada resulta inconstitucional, pues discrimina, sin razón objetiva, proporcional, lógica y razonable, a ciudadanos y profesionales mayores de cincuenta (50) años de edad, sin que la autoridad pública que dictó la norma impugnada haya podido justificar ni acreditar, tanto en el texto de la propia disposición ni ante este plenario, que mediante la misma persiga una finalidad que justifique el dictado y adopción de la norma atacada.

11.2.25 Más aun, resulta preciso agregar que un profesional de cincuenta (50) años de edad en condiciones normales de salud, más que excluido debe considerarse de especial interés y trascendencia para la docencia, pues además de encontrarse en plenitud de facultades para la instrucción, cuenta con la experiencia propia del

ejercicio y práctica de la determinada profesión para la que pretenda optar por impartir docencia, y que como segmento social [personas mayores de cincuenta (50) años] tal como viene propugnando la OIT, como fue reconocido por la Corte Suprema de México y como viene sucediendo en muchos países, más que ser objeto de normas excluyentes, se amerita la adopción de medidas inclusivas frente a la discriminación material, directa e indirecta, que vienen sufriendo en distintos órdenes, y más puntualmente, en el ámbito laboral.

Con estos precedentes se ha consolidado una protección reforzada de esta categoría sospechosa de discriminación, sin vedar la posibilidad de establecer requisitos o limitantes relacionadas con la edad, pero supeditándolo al cumplimiento de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad.

Así podríamos continuar abordando cada una de las categorías que expresamente señala la Ley de Leyes. De estas lo importante es retener su punto en común, es decir, el hecho de referirse a grupos vulnerables o desventajados, los cuales encuentran especial dificultad para ejercitar plenamente los derechos reconocidos por el ordenamiento.

Respecto a las categorías sospechosas, debemos concluir que, ante la presencia en una norma de una distinción basada en una de estas, se rompe con la presunción de constitucionalidad, pasando directamente a una presunción de inconstitucionalidad. Así lo señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México al sostener que, cuando una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, el juzgador debe realizar un escrutinio

estricto, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad.¹⁴²

Entendemos esta postura de la Suprema Corte mexicana como la correcta, aun cuando la Constitución no prohíbe terminantemente la distinción por una categoría sospechosa, la justificación para hacerlo debe ser lo más reforzada posible. En ese sentido, el test de mera razonabilidad resulta insuficiente, se requiere de un escrutinio reforzado el cual parta de una presunción de inconstitucionalidad, basado en la protección especial que se debe otorgar a esas personas y grupos y a sus circunstancias.

Respecto al test más estricto, este no solo debe limitarse a las distinciones que incidan en categorías sospechosas hechas por la norma, sino siempre que la distinción incida en los derechos fundamentales. De esta forma no se impide que, ante una necesidad imperiosa, se pueda realizar una acción clasificatoria de este tipo.

En ese sentido, lo correcto por parte del Tribunal Constitucional de la República Dominicana sería adaptar el test de igualdad ya desarrollado en dos vertientes: un escrutinio leve, tomando como base la generalidad de supuestos y donde se continúe aplicando los tres elementos vistos a partir de la sentencia TC/0033/12, y un escrutinio estricto en el cual se parta de una presunción de inconstitucionalidad, con la necesidad de demostrarse un interés estatal preponderante e irrenunciable, para los casos en los cuales la afectación recae sobre alguna categoría sospechosa y derechos fundamentales.

142 Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 581/2012, México, 5 de diciembre de 2012.

Este estándar dual no sería una novedad para la Alta Corte, pues lo podríamos vincular al estándar de racionalidad y test leve que ya el propio Tribunal ha ponderado a raíz de la sentencia TC/0107/13, del veinte (20) de junio de 2013: «El análisis de la razonabilidad de las normas impugnadas tendrá que decantarse por el test leve, ya que se puede constatar, prima facie, que la materia de reglamentación a la que se refieren las normas impugnadas entran dentro de las atribuciones constitucionales de la autoridad que las emitió. Además, con dichas normas no se afectan derechos fundamentales de sus destinatarios, y tampoco se perturba el derecho constitucional de acceso a la justicia ni el debido proceso».

De esta forma la protección reforzada, resguardaría con mayor fortaleza las categorías sospechosas de discriminación, lo que entendemos es la voluntad del constituyente al hacer mención expresa de estas categorías y la necesidad de evitar la discriminación por dichas razones.

DESARROLLO LEGISLATIVO EN MATERIA DE IGUALDAD: ACCIONES AFIRMATIVAS

De las categorías sospechosas, necesariamente, debemos pasar a la promoción de medidas con el objetivo de romper con discriminaciones históricamente arraigadas en las sociedades. Esta promoción viene dada por lo que hoy conocemos como acción afirmativa o acción positiva, términos que preferimos sobre el de «discriminación positiva», por la carga negativa de este último.

Las acciones afirmativas surgen en respuesta a las fuertes protestas de la década de 1960 en Estados Unidos, que involucraban los movimientos sociales, especialmente de la población afroamericana. A raíz de esto, se conciben las acciones positivas como una serie de medidas o planes vinculados a la Administración y destinados a eliminar la desigualdad o discriminación intergrupal.¹⁴³

Eguiguren define las acciones afirmativas como medidas que establecen un trato diferenciado a favor de grupos o sectores que se encuentran en una evidente situación social de marginación, a fin de darles mayores posibilidades y oportunidades de acceso a derechos formalmente consagrados en el ámbito constitucional o legal.¹⁴⁴ Respecto a estas medidas, Bidart Campos comenta:

Algo que aparentemente puede presentarse como lesivo de la igualdad y, muy lejos de ello, es o puede ser un tramo razonable para

143 Christopher McCrudden (editor), *Anti-Discrimination Law*, Aldershot, Dartmouth, 1991, p. 18.

144 Francisco Eguiguren Praeli, «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación», *Estudios Constitucionales*, Lima, ARA Editores, 2002, pp. 93-118.

alcanzarla, es la llamada discriminación inversa. En determinadas circunstancias que con suficiencia aprueben el test de la razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa «discriminación» se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. Se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado por el aludido relegamiento.¹⁴⁵

Según Ronconi, las acciones afirmativas han sido concebidas de dos maneras, esto es como acciones reparadoras y como acciones transformadoras.¹⁴⁶ En medio de esta dualidad, una postura ecléctica, habla de acciones limitadamente transformadoras, en procura de la igualdad real de oportunidades. Estas posibles acciones se entienden si tomamos en cuenta que las acciones positivas deben ser vistas desde un prisma estructural, ello implica no solo erradicar una situación particular, sino arrancar de raíz situaciones más complejas.

Las acciones reparadoras implican un trato preferente dirigido a grupos y/o situaciones de personas a fin de lograr la igualdad real, es decir, que las mismas puedan gozar de los derechos efectivamente en condiciones de igualdad y no se queden solo en los papeles.¹⁴⁷

145 Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1993; citado por Luis Alberto Huerta Guerrero, «El derecho a la igualdad», *Pensamiento Constitucional*, año XI, núm. 11, 2003, pp. 308-334.

146 Liliana Ronconi, «Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real», *Isonomía*, núm. 49, 2019, p. 131.

147 *Ibidem*.

Mientras las acciones transformadoras no se conforman con lograr un resultado, además implican ver y modificar la situación estructural que impide al grupo alcanzar los resultados esperados.¹⁴⁸

Por último, entre los extremos que representan las acciones reparadoras y las transformadoras, están las acciones limitadamente transformadoras, las cuales responden a una concepción de igualdad intermedia, la igualdad real de oportunidades vinculadas a una concepción de autonomía, que busca garantizar a todos los individuos el efectivo ejercicio de su plan de vida.¹⁴⁹ Buscan, sin perder el objetivo de igualdad de posiciones, alcanzar igualdad de oportunidades.

Esta separación de las acciones afirmativas resulta de vital importancia, pues una concepción dual de estas medidas contribuye a que sean efectivas, ya que está comprobado que en muchos de los casos no basta con disponer estas medidas beneficiosas si no se atacan las realidades sociales que las motivan.

El texto constitucional dominicano contiene mandatos expresos de promoción de la igualdad, los cuales pueden perfectamente traducirse en acciones afirmativas. Los encontramos, por citar un par de ejemplos, en los numerales 3 y 5 del artículo 39, cuando dispone que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, además de garantizar e impulsar la participación equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito político, la justicia y organismos del Estado.

La barrera de la legitimidad o no de la acción positiva irá vinculada a la gravedad asignada al fenómeno de la discriminación

148 Ibid, p. 133.

149 Ibid, p. 135.

si se tiene en cuenta que la acción positiva implica una labor de distribución de bienes y recursos escasos, siempre exigirá, en último término, junto al conflicto de intereses, una opción en su gestión, o se sacrifican intereses de uno de los grupos (en ocasiones manifestados individualmente) o se sacrifican los del otro (en ocasiones manifestados grupalmente).¹⁵⁰

Históricamente y a nivel internacional los derechos políticos de las mujeres han sido objeto de acciones positivas, debido a la marginación a las que estas se han visto sometidas respecto de la vida política (en República Dominicana se les reconoció el derecho al voto en 1942), limitándoles seriamente las posibilidades de postularse y acceder a cargos públicos. Buscando romper con esta desigualdad, muchos países han legislado incorporando las denominadas leyes de cuotas.

En la actualidad, República Dominicana cuenta con sendas leyes que disponen cuotas en beneficio de la mujer, como son la Ley núm. 33-18, de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos del 15 de agosto de 2018, la cual prevé lo siguiente: «La Junta Central Electoral y las juntas electorales no admitirán lista de candidaturas para cargos de elección popular que contengan menos del cuarenta por ciento (40 %) y más del sesenta por ciento (60 %) de hombres y mujeres»,¹⁵¹ la Ley núm. 20-23, Orgánica de Régimen Electoral, del 21 de febrero de 2023, en la cual se reiteran los referidos porcentajes.¹⁵²

150 M.a Ángeles Barrere Unzueta, Igualdad y «Discriminación positiva»: un esbozo de análisis teórico conceptual, EHU, Universidad del País Vasco, pp. 19-20.

151 Artículo 53, párrafo I.

152 Artículo 142.

Esta proporción de no menos de un 40 % representa un avance considerable como acción afirmativa en pro de la igualdad entre hombres y mujeres en el ejercicio político. Se completa un ciclo de aumentos iniciado con la Ley núm. 275-97, del 21 de diciembre de 1997, que dispuso la primera cuota mínima de 25 % de mujeres como candidatas a cargos electivos, aumentada posteriormente mediante la Ley núm. 12-00, del 2 de marzo de 2000, que llevó el porcentaje a 33.33 %.

Otro ejercicio de este tipo lo encontramos en la Ley núm. 176-07, del Distrito Nacional y los Municipios, del 17 de julio de 2007, donde se mantuvo una alternancia, prevista originalmente por la Ley núm. 13-00, conforme a la cual si el candidato a síndico es un hombre, la candidata a vice-síndico será una mujer y viceversa, además de la presentación de un 33 % de candidaturas de mujeres.

Con esta última medida legislativa se debe tener especial atención, pues sus resultados iniciales representaron un avance en la inserción política de la mujer en los gobiernos municipales, pero la manipulación acomodaticia de la misma por parte de las organizaciones políticas ha estancado la progresión, pues aunque numéricamente luzca equitativo, en cuanto a poder político y dirección no lo es.

Esto así por la poca cantidad de alcaldesas y el excesivo número de vice-alcaldesas, evidentemente se inserta un buen número de mujeres en política, pero se les relega a un segundo plano. Esta situación ha ido en aumento, pues en el período 2016-2020 de 158 alcaldías, solo 20 eran ocupadas por mujeres para un 12.7 % y, en las recientes elecciones de marzo de 2020, fueron elegidas 19 alcaldesas de los 158 municipios, descendiendo a un 12 %.¹⁵³

153 José Nova, «Solo 19 mujeres ganaron alcaldías en 158 municipios del país», El Caribe, Santo Domingo, 19 de marzo de 2020, sección Política.

El hecho de que esta medida en concreto no haya logrado el efecto buscado no significa que deba eliminarse, todo lo contrario, implica una necesaria evaluación y adecuación. Para ello convendría analizar la posibilidad de orientar la acción afirmativa reparadora hacia una acción afirmativa transformadora o limitadamente transformadora, de forma tal que se elimine la posibilidad de manipulación por parte de la clase política predominantemente masculina.

En su desarrollo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha dilucidado casos de acciones positivas en el ámbito de discriminación, concretamente para el caso de la proporción mínima de un 33 % de mujeres en la participación política, dispuesta por la Ley núm. 12-00, del 2 de marzo de 2000, que modifica el artículo 68 de la Ley Electoral núm. 275-97, del 21 de diciembre de 1997, aplicando el test de igualdad el Tribunal Constitucional determinó:

Expuesto lo anterior, partimos de la evaluación de los sujetos bajo revisión, a fin de determinar la supuesta situación similar en que se encuentran. Cabe destacar que, aunque en ambos casos, se trate de ciudadanos dominicanos, el ordenamiento constitucional, buscando una igualdad real y efectiva dispuesta en la ley e instrumentos internacionales, ha dado un trato especial a ciertos sujetos que se consideran en situación de vulnerabilidad, lo cual no confirma objetivamente una discriminación, sino que, en todo caso, se conforma en una acción positiva situada en el ámbito de discriminación.

Así, el artículo 39 de la Constitución dispone un trato igualitario en cuanto a los derechos de todas las personas

ante la ley, las instituciones y autoridades, sin ningún tipo de discriminación por razones de género. Sin embargo, es pertinente señalar la realidad social en materia de participación política a lo largo de la historia jurídica dominicana reconocida en detrimento de la mujer. Ejemplo de ello lo constituye el hecho de haber sido reconocido el derecho al sufragio o considerársele como ciudadana con capacidad política para decidir a partir del año mil novecientos cuarenta y dos (1942), contrario a lo ocurrido con el hombre que, a pesar de reservarse dicho derecho a determinadas categorías sociales, se establece desde la fundación de la República en el mil ochocientos cuarenta y cuatro (1844).

Dicho así, el artículo 8 establece la función esencial del Estado en «la protección real y efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva [...]». En adición, se requiere al Estado garantizar la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección popular (Art. 39.5 de la Constitución).

Esto ha permitido evaluar objetivamente la igualdad desde una perspectiva fáctica. De modo que, en adición a la procura de una igualdad absoluta entre dominicanas y dominicanos, en la que las diferencias sólo resulten de sus talentos y virtudes, se exige además al Estado promover las condiciones jurídicas y administrativas para que dicha igualdad sea notoria. En este sentido, este tribunal se refirió anteriormente a la obligación de la protección de la

mujer en virtud de la desigualdad fáctica manifestada en una sociedad en la que prevalece la hegemonía masculina (Sentencia TC/0028/12, de fecha tres (3) de agosto de dos mil dice (2012), reafirmando el estado de vulnerabilidad sociocultural que padece la mujer frente al hombre.

Contrario a la imposición de establecer mecanismos discriminatorios, los hechos precedentes han dado lugar a la implementación de medidas jurídicas tendentes a promover un aumento de la participación femenina en los cargos de elección popular, dentro de la cual se circunscribe la cuota mínima de candidatura femenina en la nominación de los partidos políticos objeto de estudio en la presente acción de inconstitucionalidad. En otras palabras, podemos decir que, a pesar de toda prohibición a la discriminación por razones de género, partiendo de un punto de vista pragmático, la cuota mínima de candidatura femenina busca equiparar real y efectivamente la participación femenina en toda la esfera del campo político dominicano; de modo que se trata, pues, de una discriminación positiva.¹⁵⁴

Mediante la aplicación de este dictamen el Tribunal Constitucional dominicano recreó los fundamentos que permiten al legislador aplicar criterios legales desiguales con fines legítimos y constitucionales, acciones positivas o afirmativas, como en la especie, buscan acercar a la igualdad fáctica.

154 TC/0159/13, del 12 de septiembre de 2013.

Igual sucede con las personas con discapacidad, para los cuales la Constitución prevé una protección reforzada por parte del Estado, además del deber de promoción y aseguramiento de goce de los derechos fundamentales de estas. En ese sentido, la Ley núm. 5-13, sobre Discapacidad en la República Dominicana, del 16 de enero de 2013, que prevé porcentajes de participación laboral de personas con discapacidad en el sector público y privado.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, para proteger, de forma efectiva, a las personas con discapacidad, no basta con prohibir que se les discrimine, sino que se deben realizar ajustes razonables para que puedan ejercer sus derechos en condiciones iguales. Abunda la Corte en el caso *Loayza Tamayo v. Perú*.¹⁵⁵

Solamente así, las personas con discapacidades pueden tener oportunidades reales para su propia realización personal, lo cual se «sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone». El proyecto de vida se refiere, concretamente, a las expresiones de las capacidades, es decir, de las posibilidades para llevar a cabo los funcionamientos que no son más que las distintas opciones que tiene a su disposición. Como estas no se encuentran, por circunstancias particulares, en igualdad de condiciones, deben ser sujetas a acciones positivas diferenciadas que le permitan acceder a las opciones que tiene a su favor.

155 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Loayza Tamayo v. Perú*, Reparaciones y Costas, Ser. C, núm. 42, 147 (27 nov. 1998).

Por lo que la «cancelación o menoscabo» de esas opciones «implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor» para el desarrollo del individuo.¹⁵⁶

Con las acciones positivas se puede dar el caso de adoptar una medida, en procura de proteger a un colectivo objeto de discriminación, y terminar siendo la propia medida el obstáculo para materializar las condiciones de igualdad respecto del ejercicio de los derechos. De esta forma se estaría produciendo un efecto contraproducente y se agravaría más la desigualdad.¹⁵⁷ Por esto se debe tener especial cuidado en tomar medidas con la vocación de cumplir el deber de promoción y evitar consecuencias adversas.

Autores como Huesca Rodríguez son más críticos con las acciones afirmativas, especialmente con aquellas con propósitos de equidad y género, pues entienden que suponen oponer el derecho de la mujer a otros derechos fundamentales de los hombres. Ello porque en un escenario de bienes escasos, por mandato de una acción afirmativa, se opta por privilegiar el acceso de la mujer frente al hombre, sin importar el valor meritocrático que pueda existir en la contienda por el bien escaso.¹⁵⁸

Si bien es cierto que al asignar bienes escasos es insalvable que derechos fundamentales entren en conflicto, nos oponemos a esta crítica, porque se asienta en conclusiones finalistas, no así en el *quid* del asunto, que radica en la promoción, en armonizar de

156 Amaury A. Reyes Torres, «La protección de las personas con discapacidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el enfoque de las capacidades: De la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades», *American University International Law Review*, vol. 30, 2015, p. 278.

157 L. A. Huerta Guerrero, op. cit., p. 331.

158 Mauricio Huesca Rodríguez, «El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica», *Quid Iuris*, año 9, volumen 28, 2015, p. 50.

forma tal que tanto los hombres como las mujeres, por seguir el ejemplo utilizado, que accedan al bien escaso, sean los que tengan los méritos para ellos. Cualquier postura opuesta significa perpetuar la pasividad que les ha sido impuesta históricamente a las mujeres en temas como la política.

Por último, es importante enfocar las medidas como temporales y someterlas a constante revisión y estudio, a los fines de poder encausarlas o eliminarlas cuando alcancen su objetivo. Las acciones afirmativas deben estar sujetas al resultado que se espera y no a determinaciones *a priori*, de forma tal que solo se deroguen cuando se alcancen los resultados y puedan ser sostenibles en el tiempo.

Es así como las medidas especiales de carácter temporal para promover la igualdad de género y la participación de las mujeres, como las denomina el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), constituyen estrategias que deben estar bien delineadas y sustentadas, deben contar con objetivos claros, evaluables y ajustables. De esta forma, una vez alcanzada la paridad, las mismas pierden su fundamento y deben ser derogadas.

El derecho internacional sugiere una serie de características necesarias que deben cumplir las acciones afirmativas, para considerarse como coherentes con el principio de igualdad o no discriminación, estas son reseñadas por Bayefsky de la forma siguiente:

- En primer lugar, las preferencias que tienen el mismo efecto perjudicial de menoscabar la igualdad que las distinciones, exclusiones o restricciones son también discriminatorias. Únicamente aquellas preferencias que pueden considerarse medidas especiales se tendrán por no constitutivas de discriminación.

- En segundo lugar, las medidas para proteger a las minorías no pueden imponerse a los miembros del grupo, los que, por consiguiente, tienen la opción de aceptarlas o no.
- En tercer lugar, las medidas deben adoptarse para ciertos propósitos limitados, es decir, deben estar encaminadas a asegurar el adelanto con el objeto de garantizar la igualdad en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales o la aceleración de la igualdad de facto; ser de carácter temporal; cesar cuando se hayan alcanzado los objetivos propuestos, específicamente: igualdad de oportunidad y trato; y no entrañar el mantenimiento de estándares o derechos desiguales o separados. De igual manera, el Comité de Derechos Humanos ha avalado la acción afirmativa cuando está orientada a eliminar condiciones que causan o perpetúan la discriminación y se adopta por un período limitado y sólo por el tiempo necesario para remediar la discriminación de facto.¹⁵⁹

Para finalizar este punto, tomaremos como referencia las acciones afirmativas y su trato por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En Estados Unidos es bastante extendida la práctica de disponer acciones afirmativas respecto a las admisiones universitarias, situación que ha sido analizada en varias ocasiones por la Corte Suprema.

159 Anne F. Bayefsky, «The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law», *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núm. 1-2, 1990, pp. 25-26.

Desde *Regents of the University of California v. Bakke*¹⁶⁰ la Corte validó la acción afirmativa que permitía que la raza sea uno de varios factores analizados en la política de admisión de la Universidad de California. En cambio, en la misma decisión, censuró el establecimiento de cuotas raciales específicas, como la que se pretendía para la Facultad de Medicina de 16 de los 100 puestos reservados para estudiantes de minorías.

En *Grutter v. Bollinger*¹⁶¹ la Corte sostuvo que no violaba la decimocuarta enmienda la acción afirmativa de la Universidad de Michigan de favorecer la baja representación de grupos minoritarios en la admisión de sus estudiantes. Se validaba el favorecimiento de los grupos minoritarios siempre y cuando no sea el único factor evaluado, sino que se tomen en cuenta otros factores por cada solicitante.

En el mismo mes en el cual se decidió *Grutter v. Bollinger*, se dictó la sentencia *Gratz v. Bollinger*,¹⁶² declarando inconstitucional el sistema de puntos previsto por la Universidad de Michigan, que otorgaba una bonificación automática de 20 puntos para la admisión de minorías subrepresentadas (afroamericanos, hispanos y nativos americanos) por entender que no superaba el escrutinio estricto.

Por último, el caso *Fisher v. University of Texas*¹⁶³ (popularmente conocido como *Fisher II*), aplicó un escrutinio estricto para validar la política de admisiones de la Universidad de Texas, al valorar la finalidad de la acción positiva de destruir estereoti-

160 *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978).

161 *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306 (2003).

162 *Gratz v. Bollinger*, 539 U. S. 244 (2003).

163 *Fisher v. University of Texas*, 579 U. S. ____ (2016).

pos, promover el entendimiento interracial, la preparación de los estudiantes para una sociedad más diversa y la creación de líderes legítimos para la ciudadanía.

En definitiva, respecto a las acciones afirmativas en materia de admisiones universitarias, podemos concluir que la jurisprudencia estadounidense las ha calificado como acciones que deben ser evaluadas mediante un escrutinio judicial estricto.¹⁶⁴ Además, la Corte Suprema tiene especial cuidado a la hora de evaluar criterios que establezcan cuotas fijas que busquen alcanzar una proporción numérica específica, o que, de alguna manera, impidan que las evaluaciones sean individuales.

En este punto se revela una tensión que es perfectamente analizada por Nogueira Alcalá y es que los grupos en desventaja o debilidad social están definidos precisamente por algunos de aquellos criterios cuya utilización jurídica está expresamente vedada por la Constitución y los tratados internacionales, como en este caso la raza.¹⁶⁵ Al respecto puntualiza Rubio Llorente lo siguiente:

El legislador se ve así colocado en una aporía, de la que solo puede salir, con la ayuda del juez, mediante una derogación parcial de la norma prohibitiva o, la menos, una considerable reducción de su eficacia. La justificación de la razonabilidad de la decisión resulta, sin embargo, especialmente difícil, tanto para el legislador como para el juez, mediante la apelación a la «conciencia jurídica de la comunidad» pues, como fácilmente se entiende, situaciones de este género sólo pueden producirse cuando la conciencia social esta escindida, de manera que, en tanto que una parte de la sociedad

164 En *Fisher v. University of Texas*, 570 U. S. 297 (2013), la Corte Suprema anuló la decisión de apelación por no aplicar el escrutinio estricto.

165 Humberto Nogueira Alcalá, «El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas», AFDUDC, núm. 10, 2006, p. 823.

actúa de una manera discriminatoria, otra parte intenta corregir mediante el uso del poder los efectos de tal discriminación.¹⁶⁶

Por estas razones el juzgador debe estar especialmente pendiente de los propósitos establecidos constitucionalmente, la adecuación de las medidas legislativas destinadas a alcanzar tales fines, reconociendo el margen de acción propio de los órganos gubernamentales políticos, pero también protegiendo el derecho, pues no es suficiente que la autoridad política diga que está promoviendo el interés público, para que efectivamente ello sea así y su decisión sea constitucional.¹⁶⁷ Así las cosas, son deberes del Estado, tanto la abstención de discriminar como la promoción de acciones afirmativas que busquen la igualdad efectiva. Estas acciones son legítimas y constitucionales, siempre y cuando sean las idóneas para el fin constitucional previsto.

Retomando un comentario que iniciamos cuando analizábamos la aplicación del test por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos, las críticas que se deben realizar a esta Alta Corte radican precisamente en la forma de evaluar las acciones afirmativas. Ha sido una polémica persistente la aplicación constante del escrutinio estricto tanto para cualquier medida discriminatoria como para aquellas que son puestas en práctica, pese a utilizar clasificaciones raciales, para corregir los efectos negativos que padecen determinados colectivos por discriminaciones raciales pasadas.¹⁶⁸

De esta forma, la Corte Suprema está imprimiendo a las acciones afirmativas una carga justificativa mucho mayor, cuando

166 Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, España, Ariel, 1995, p. 35.

167 F. Nogueira Alcalá, *op. cit.*, p. 827.

168 María Ángeles Martín Vida, «Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, mayo-agosto 2003, p. 190.

tiene a disposición, tanto el test intermedio como el test de mera racionalidad, lo que conduce a que estas medidas tengan altas probabilidades de ser declaradas inconstitucionales.

También debemos tener en cuenta el cierre que ha tenido la Corte Suprema de los Estados Unidos identificado por Kenji Yoshino¹⁶⁹ respecto a determinadas categorías sospechosas, como los pobres, ancianos, personas discapacitadas. A estos grupos se les ha negado expresamente la aplicación del escrutinio estricto cuando se trata de disposiciones que les clasifican. De igual forma, se critica la negativa de proteger constitucionalmente a nuevos grupos.

169 Kenji Yoshino, «The new equal protection», *Harvard Law Review*, vol. 124, pp. 747-803.

DIVERSAS MANIFESTACIONES DE LA DISCRIMINACIÓN: DESIGUALDADES DE FACTO, DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

La discriminación puede manifestarse de distintas formas, lo que implica que se hagan diversas clasificaciones sobre las modalidades de discriminación. Una de estas se refiere a la discriminación de *iure* y la discriminación de *facto*. La primera se produce en el contenido de las normas jurídicas y puede hablarse de discriminación en el contenido de la norma jurídica, vale decir, si los criterios que utiliza la ley para distinguir están justificados y son razonables o no. La discriminación de *facto*, se produce como consecuencia de la aplicación de la norma jurídica, sin que los preceptos jurídicos en sí mismos sean necesariamente discriminatorios, en otras palabras, hay discriminación de *facto* cuando la norma jurídica no se aplica imparcialmente a todas las personas que se encuentran en la misma hipótesis, hay aquí, por lo tanto, un enjuiciamiento a la aplicación de la ley.¹⁷⁰

La igualdad aquí se torna doblemente insuficiente, por tratarse de casos que no derivan de la exclusión propia de una norma, sino de situaciones concretas, muchas veces estructurales de desventaja. Ante ellas no basta con la igualdad ante la ley, se requiere la remoción de los obstáculos que en el plano económico y social configuran desigualdades de hecho que impiden el disfrute de derechos.¹⁷¹

170 H. Nogueira Alcalá, op. cit., p. 820.

171 L. Ronconi, op. cit., pp. 124-125.

La intervención judicial aquí no es la clave, pues no se trata de juzgar la mala aplicación de una norma, o las tendencias negativas que esta pueda adquirir. Resulta más efectivo que el propio legislador vea el impacto de sus previsiones, siendo más directo con las disposiciones que corran este riesgo, adelantándose a las desigualdades de facto o, si ya están materializadas, actuando frente a ellas.

Un fenómeno al cual toca prestar especial atención es el de la discriminación múltiple. Se trata de un concepto cuyos orígenes son trabajos publicados en Estados Unidos y Reino Unido, dando cuenta de la situación en la que se encontraban individuos que pertenecían a varios grupos discriminados a la vez, sufriendo, por tanto, de formas agravadas de discriminación.

No es baladí la identificación de la discriminación múltiple, ya para 1995 se usaba en la Declaración de Beijing, en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres, para referirse a las múltiples barreras que impiden a grupos de mujeres avanzar en la igualdad real. Esto implica reconocer la existencia de tipos de discriminación distintos de los monocausales y no solo por factores numéricos, sino porque suponen un ataque mucho más grave al derecho a la igualdad.¹⁷²

La discriminación múltiple adquiere, a su vez, diversas dimensiones como explica Fernando Rey:

- La discriminación múltiple, que se produce cuando una persona es discriminada por varios factores distintos y que operan a la vez (raza, sexo...).

172 Rosario Serra Cristóbal, «La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada» en *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 24-25.

- La discriminación compuesta, que sería una especie de discriminación adicional, donde intervienen varios factores discriminatorios, como en el caso de la discriminación múltiple, pero parecen actuar conjuntamente.
- Y la discriminación interseccional, cuando varios factores de discriminación interactúan simultáneamente, produciendo una forma específica de discriminación.¹⁷³

Respecto a estas manifestaciones de la discriminación, la respuesta debe partir primero de identificar y consolidar el concepto, pues sin conocer el fenómeno no se podrá dar una cobertura legal y judicial adecuada, que permita salvaguardar, de forma íntegra, la situación de desigualdad de quienes se ven afectados por esta.

En otro rubro, tenemos a la discriminación estructural, ante el cual el concepto tradicional de discriminación resulta insuficiente. Esto debido a que sus causas y manifestaciones van asociadas a prácticas y valores sociales que llevan a que determinados grupos sociales no gocen de sus derechos en la misma forma en que lo hacen otros.¹⁷⁴ Esa complejidad suele estar tan arraigada que no es percibida por la sociedad o, al menos, no en su justa dimensión.

173 Fernando Rey Martínez, «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, p. 263.

174 Liliana María Salomé Resurrección, «El concepto discriminación estructural y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos». Trabajo fin de máster inédito, Madrid, Universidad Carlos III, 2017, p. 43.

Discriminación estructural se refiere a la desigualdad proveniente de los valores sociales dominantes y que se ve reflejada en una serie de parámetros sociales dominantes en cada contexto.¹⁷⁵ En ella se enmarcan las situaciones de desigualdad social, dominación o subordinación, que no se individualizan en una sola conducta, ya que se trata de dinámicas sociales reiteradas que llevan a la persistencia de estructuras de subordinación y resultados sistemáticamente desventajosos para ciertos grupos.¹⁷⁶

El profesor Amaury Reyes-Torres advierte cómo la discriminación estructural puede prestarse a confusión con conceptos como el de discriminación institucional. La discriminación institucional habla de algo específico, se trata de contextos sociales donde organizaciones, instituciones o personas participan y un determinado grupo se ve afectado más allá de la conducta de un individuo, guiada por su perjuicio en contra del sujeto determinado.¹⁷⁷

En contraposición, la discriminación estructural se produce cuando existe un aparato sentando en prácticas, políticas, las cuales afectan a un segmento poblacional, trayendo como consecuencia que este segmento se vea desfavorecido y, al mismo tiempo, se continúe favoreciendo al grupo dominante.¹⁷⁸ La discriminación estructural se refiere a las reglas, normas, rutinas, patrones de

175 José María Añón Roig, Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio; en Alberto Iglesias Garzón et al., Historia de los derechos fundamentales, siglo XX, tomo IV, vol. V, Madrid, Dykinson, 2013, p. 662.

176 J. M. Añón Roig, «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho, núm. 39, 2013, p. 148.

177 A. A. Reyes-Torres, Una aproximación a la noción de discriminación estructural, Working Paper 2/2017, disponible en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3003960

178 Fred L. Pincus, Discrimination Comes in Many Forms: Individual, Institutional, and Structural, citado por A. A. Reyes-, op. cit., p. 2.

actitud y conducta en instituciones y otras estructuras sociales que representan obstáculos a grupos o individuos para alcanzar igualdad de derechos y oportunidad disponibles para la mayoría de la población.¹⁷⁹

Para poder entender este concepto, el cual traspasa ampliamente la clásica discriminación, tenemos que incorporar datos y elementos de tipo histórico y social, estos nos servirán para explicar las desigualdades de derecho o de hecho (de facto) que son el fruto de la exclusión social, el sometimiento de grupos vulnerables por otros grupos,¹⁸⁰ etc. La igualdad clásica queda retratada nueva vez, su concepción resulta insuficiente ante situaciones de corte estructural.

Dicho de otra forma, los grupos contextualmente o históricamente excluidos o en desventaja comparten un rasgo común que los identifica: existe una historia de discriminación, de prejuicios sociales negativos contra dichos colectivos, susceptibles de ser reforzados por la normativa, lo cual «disminuye la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo».¹⁸¹

La discriminación de este tipo también tiene características sistémicas, tal y como ha identificado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁸² al señalar cómo la discrimi-

179 Najcevska Mirjana, *Structural Discrimination –Definitions, Approaches and Trends*, disponible en línea: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Racism/IWG/Session8/MirjanaNajcevska.doc>.

180 Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2007, pp. 166-167; citado por Paola Pelletier Quiñones, «La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista IIDH*, vol. 60, p. 207.

181 David Giménez Gluk, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Edit. Bosch, 2004, pp. 232-235.

182 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General núm. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC), 42º período de sesiones, 2009.

nación en algunos casos subsiste de forma omnipresente, al estar fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.¹⁸³

Muchos autores¹⁸⁴ identifican un defecto de reconocimiento en los propios grupos víctima de discriminación estructural. Estos grupos se ven afectados por una gran injusticia social que se sustenta en la falta de reconocimiento y valorización de las identidades diversas. Carecen o reconocen de forma deficiente los derechos que ostentan, debido a un patrón social que invisibiliza las situaciones, en palabras de Fraser,¹⁸⁵ una injusticia cultural o simbólica.

A la falta de reconocimiento propio debemos sumar la invisibilidad, las diversas formas de discriminación estructural están tan arraigadas en el seno de las sociedades en que se manifiestan que no se ven sus efectos altamente nocivos. Por estas razones, en la medida en que no se hable del tema, ni se identifiquen sus causas y consecuencias, solo se está propugnando por la perpetuación y agravamiento del problema.

Por esto resulta interesante el aporte de la profesora Paola Pelletier Quiñones, partiendo del estado actual de la jurisprudencia

183 Ibidem.

184 L. Ronconi, *op. cit.*, pp. 128-130.

185 Nancy Fraser, «La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación», en Nancy Fraser y Axel Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Ediciones Morata, 2006.

cia interamericana al respecto, detalla el concepto y estándares de discriminación estructural, para lo cual desarrolla el siguiente test:

1. Existencia de un mismo grupo afectado con características comunes, pudiendo ser minoría.
2. Que el grupo sea vulnerable, marginalizado, excluido o se encuentre en una desventaja irrazonable.
3. Que la discriminación tenga como causa un contexto histórico, socioeconómico y cultural.
4. Que existan patrones sistemáticos, masivos o colectivos de discriminación en una zona geográfica determinada, en el Estado o en la región.

Que la política, medida o norma de jure o de facto sea discriminatoria o cree una situación de desventaja irrazonable al grupo, sin importar el elemento intencional.¹⁸⁶

Con ciertos matices como, por ejemplo, la simplificación del test, este ejercicio de la profesora Pelletier Quiñones es un excelente punto de partida para vencer la reticencia que se tiene ante conceptos «novedosos», por considerar que rompen con las visiones clásicas. Como valora el profesor Amaury Reyes-Torres, las manifestaciones diversas de la discriminación se pueden apreciar de mejor forma con una metodología que tome en cuenta las circunstancias que generan o contribuyen al estado discriminatorio.¹⁸⁷ Y para estas formas, el examen clásico de igualdad es, a todas luces, insuficiente, requiriéndose de herramientas adicionales que sean idóneas.

186 P. Pelletier Quiñones, op. cit., p. 215.

187 A. A. Reyes-Torres, op. cit., p. 7.

Nuevamente, el profesor Reyes-Torres¹⁸⁸ introduce un elemento interesante sobre la forma de abordar temas relacionados con discriminación, cuando resulta insuficiente el test de igualdad, para ello cita al juez Posner en el caso *Baskin v. Bogan*, quien se planteó cuatro preguntas para determinar si cierta política es discriminatoria y, por vía de consecuencia, inconstitucional:

1. ¿La práctica impugnada implica discriminación, arraigada en un historial de prejuicios, contra algún grupo identificable de personas, lo que resulta en un trato desigual que les perjudica?
2. ¿El trato desigual se basa en alguna característica inmutable o al menos tenaz de las personas discriminadas? La característica debe ser una que no sea relevante para la capacidad de una persona para participar en la sociedad.
3. ¿La discriminación, aunque se base en una característica inmutable, confiere no obstante un importante beneficio compensatorio a la sociedad en su conjunto?
4. Aunque confiere un beneficio compensatorio, ¿la política discriminatoria es demasiado inclusiva porque el beneficio que confiere a la sociedad podría lograrse de una manera menos dañina para el grupo discriminado, o menos inclusiva porque la supuesta justificación del gobierno para la política implica que debería aplicarse igualmente a otros grupos?

188 A. A. Reyes-Torres, «Equal Protection Test: Lessons from Judge Posner's Opinion on Equal Marriage», JURIST- Academic (Oct. 16, 2014) Disponible en línea: <http://jurist.org/academic/2014/10/Amaury-Reyes-Torres-equal-protection.php>.

No se trata de sustituir el test de igualdad con estas preguntas, sino de, ante determinadas manifestaciones o posibles manifestaciones discriminatorias, como las que hemos analizado en el presente estudio, se puedan realizar evaluaciones más precisas y más afines con la protección de la cláusula de igualdad.

La insuficiencia del test de igualdad para responder a todos los supuestos de violación a la igualdad no hace del mismo una herramienta metodológica fallida, sino una herramienta que requiere de otras para cumplir con su cometido. El error radicaría en pretender que se trata de una llave maestra que puede abrir todas las puertas, descartando opciones que permitan viabilizar los fines constitucionales.

CONCLUSIONES

No se concibe la configuración de la República Dominicana como un Estado social y democrático de derecho sin que partamos de la igualdad como reza la parte capital del artículo 39 de la Constitución , es decir, *todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación [...]*.

Se abarcó nuestro objeto de estudio, desde su concepción histórica, su ubicación como epicentro de movimientos políticos y sociales que resultaron fundamentales en la construcción de la sociedad moderna. De esta forma se construye toda una cláusula de igualdad, que se manifiesta en tres dimensiones, como un valor, un principio y un derecho.

Ya no solo es importante la consagración de la igualdad en su modalidad formal, prevista como un mantra legal, pues su presencia está en prácticamente todos los textos constitucionales, además de los instrumentos de derecho internacional y se requiere de su presencia material, como garantía de una igualdad real y efectiva.

Ante el riesgo de discrecionalidad de los jueces, especialmente de los jueces de lo constitucional, situados en la cúspide normativa y como máximos intérpretes de la Constitución, los test de ponderación como el test de igualdad son la herramienta idónea para dotar de objetividad y parámetros claros y precisos la evaluación de los conflictos de derecho.

La experiencia comparada nos demostró que la elección de un test, con elementos concretos, es la mejor forma a la hora de determinar la violación o no de la igualdad por una norma jurídica.

Al respecto, la forma de aplicar el escrutinio por parte de Estados Unidos es muestra de la necesidad de adelantar o no la línea de lo permitido y razonable, ateniendo a determinados supuestos. En esta misma línea, Colombia es la representación más clara de la necesidad de adecuar las herramientas como el test de igualdad para que no queden atrapadas en el tiempo.

La aplicación del test de igualdad por parte del Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha sido un acierto. Se trata de una herramienta certera y con el establecimiento de parámetros, no solo a esa Alta Corte, sino a cualquier tribunal jurisdiccional con la misión de evaluar el supuesto de violación a la igualdad. Sin embargo, se requiere de su actualización, pues desde el mismo momento en que se importó esta herramienta desde la justicia constitucional colombiana, ya se encontraba desfasada, debido a que la Corte Constitucional de Colombia ya había desarrollado e implementado el *juicio integrado de igualdad*, adoptando los aportes del escrutinio de origen estadounidense y el test de origen europeo continental.

Nuestra propuesta, es simplificar ese juicio integrado de igualdad, al prever un test de igualdad, con dos intensidades distintas. Una variable inicial, con los cánones y elementos actuales, previstos en la sentencia TC/0033/12, y una variable más intensa para abordar los casos donde se vean involucradas categorías sospechosas de discriminación, como las listadas expresamente en el artículo 39 de la Constitución, así como los casos de incidencia directa sobre derechos fundamentales. De esta forma se estaría fortaleciendo el propósito de proteger la cláusula de igualdad.

Además, para garantizar la efectividad del test de igualdad, es necesario que los jueces constitucionales mantengan la aplicación

del test en todos los supuestos de vulneración de la igualdad, de forma tal que no se evada su utilización de manera injustificada. La constancia respecto a la aplicación de esta metodología se traduce en reducción de la discrecionalidad y arbitrariedad, así como un aumento de la racionalidad y seguridad jurídica.

Hoy día el Estado no tiene respuesta adecuada para las desigualdades de facto, la discriminación múltiple, la discriminación por características propias, la discriminación estructural, entre otras manifestaciones. Es necesario que el Estado, en la totalidad de sus vertientes, pueda identificar todas las formas de discriminación, para poder dar una respuesta apropiada.

Esta respuesta no necesariamente será la evaluación mediante un test de igualdad. Aún el test reforzado propuesto en este estudio quedaría corto ante situaciones no convencionales, para las cuales sugerimos otras herramientas, como las preguntas prácticas que nos permitan determinar si estamos ante una situación de discriminación estructural.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEGRE, (Marcelo) y Roberto Gargarella. *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2007.
- AÑÓN ROIG (María José). «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 39, 2013.
- APARISI MIRALES (M. A.). «La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 70, (octubre-diciembre), 1990.
- ARAUJO RENTERÍA (Jaime). «Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006.
- BALKIN (J. M.) y R. B. Siegel. «The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?», *University of Miami Law Review*, 58, 9-33. <https://doi.org/10.2139/ssrn.380800>
- BARRERE UNZUETA (M.^aÁngeles). *Igualdad y "Discriminación positiva": un esbozo de análisis teórico conceptual*. Universidad del País Vasco - EHU.
- BAYEFSKY, (Anne F.). «The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law», *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núm. 1-2, 1990.
- BERNAL PULIDO (Carlos). «El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, en Instrumentos de tutela y justicia constitucional», *Memoria de VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2016.
- BESSON (Samantha). «Evolutions in non-discrimination law within the ECHR and the ESC systems: It takes two to tango in the council of Europe», *The American Journal of Comparative Law*, núm. 60, 2012.

- BIDART CAMPOS (Germán). *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, tomo I. Buenos Aires, Ediar, 1993.
- CARMONA CUENCA (Encarnación). «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del tribunal constitucional», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 84, (abril-junio), 1994.
- CAICEDO TAPIA (Danilo) y Angélica Porras Velasco. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Ecuador, Angélica Editores.
- CASTELLANOS KHOURY (Justo Pedro) y Leonor Tejada. *La Constitución dominicana y sus reformas (1844-2010)*, tomo I, Santo Domingo, Editora Búho, 2019.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General núm. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC)*, 42º período de sesiones, 2009.
- DÍAZ DE VALDÉS (José Manuel). «Las categorías sospechosas en el derecho chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, julio 2018.
- DÍAZ GARCÍA (Iván). «Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias», *Revista Ius et Praxis*, año 18, núm. 2, 2012.
- DÍAZ REVORIO (Francisco Javier). «Las dimensiones constitucionales de la igualdad», *Pensamiento Constitucional*, núm. 22, 2017.
- DÍEZ-PICAZO (Luis María). *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- DWORKING (Ronald). *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2012.
- EGUIGUREN PRAELI (Francisco). «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación», *Estudios Constitucionales*. Lima, ARA Editores, 2002.
- FRASER (Nancy) y Axel Honneth. *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid, Ediciones Morata, 2006.

- FIGUEROA GUTARRA (Edwin). «Frente al trato desigual: El test de igualdad», *Jurídica*, septiembre, 2014.
- GARCÍA GARCÍA (José Francisco). «El Tribunal Constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, núm. 1, 2011.
- GARCÍA-PELAYO (Manuel). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza Editorial, 1989.
- GARCÍA VALDÉS (Manuela). *Aristóteles, La Política*. España, Editorial Greda, 1988.
- GARCÍA (Víctor). «El derecho a la igualdad», *Revista Institucional*, núm. 8, Academia de la Magistratura.
- GIMÉNEZ GLUK (D.). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona, Edit. Bosch, 2004.
- HOBBS (Thomas). *Leviatán*. Madrid, Alianza Editorial, 1993.
- HUERTA GUERRERO (Luis Alberto). «El derecho a la igualdad», *Pensamiento Constitucional*, año XI, núm. 11, 2003.
- HUESCA RODRÍGUEZ (Mauricio). «El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica», *Quid Iuris*, año 9, volumen 28, 2015.
- IGLESIAS GARZÓN (Alberto). *Historia de los derechos fundamentales, siglo XX*, tomo IV, vol. V, Madrid, Dykinson, 2013.
- INSIGNARES-CERA (Silvana) y Viridiana Molinares Hassan. «Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana», *124 Vniversitas*, 2012.
- ÍNIGUEZ MANSO (Andrea Rosario). «La noción de “categoría sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII, Valparaíso, 2014.
- JORGE PRATS (Eduardo). «Hacia la consolidación del Estado social y democrático de derecho», *Revista Global*, núm. 16, Santo Domingo, Editorial Funglode, [Consulta en línea] disponible en: <http://revista-global/hacia-la-consolidacion-del-estado-social-y-democratico-de-derecho/>

- JORGE PRATS (Eduardo). *Derecho Constitucional*, dos volúmenes, Santo Domingo, IUS NOVUM, 2010.
- KELSO (Randall). «Standards of review under the equal protection clause and related constitutional doctrines protecting individual rights: The “base plus six” model and modern Supreme Court Practice», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2002.
- LANDA ARROYO (César). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima, Palestra, 2009.
- LEIBHOLZ (G.). *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. Munich, C. H. Beck, 1959.
- LÓPEZ GUERRA (Luis) et al. *Derecho Constitucional, volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes ciudadanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016.
- MARTÍN VIDA (María Ángeles). «Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, (mayo-agosto), 2003.
- MCCRUDDEN (Christopher, editor). *Anti-Discrimination Law*, Aldershot, Dartmouth, 1991.
- MIRJANA (Najcevska). *Structural Discrimination –Definitions, Approaches and Trends*, disponible en línea: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Racism/IWG/Session8/MirjanaNajcevska.doc>.
- NOGUEIRA ALCALÁ (Humberto). «El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas», *AFDUDC*, núm. 10, 2006.
- NOVA (José). «Solo 19 mujeres ganaron alcaldías en 158 municipios del país», *El Caribe*, Santo Domingo, 19 de marzo de 2020, sección Política.
- ORTIZ CUSTODIO (José David). «La Corte Constitucional, el derecho a la igualdad y las categorías sospechosas», *Iuris Dictio*, núm. 21, 2018.
- PELLETIER QUIÑONES (Paola). «La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista IIDH*, vol. 60.

- PÉREZ LUÑO (Antonio-Enrique). *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Dykinson, 2007.
- PRIETO SANCHIS (Luis). «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995.
- REY MARTÍNEZ (Fernando). «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008.
- REYES-TORRES (Amaury A.). «Equal Protection Test: Lessons from Judge Posner's Opinion on Equal Marriage», *JURIST – Academic* (Oct. 16, 2014) Disponible en línea: <http://jurist.org/academic/2014/10/Amaury-Reyes-Torres-equal-protection.php>.
- REYES-TORRES (Amaury A.). «La protección de las personas con discapacidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el enfoque de las capacidades: De la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades», *American University International Law Review*, vol. 30, 2015.
- REYES-TORRES (Amaury A.). *Una aproximación a la noción de discriminación estructural*, Working Paper 2/2017, disponible en línea: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3003960
- RONCONI (Liliana). «Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real», *Isonomía*, núm. 49, 2019.
- ROUSSEAU (Jean Jacques). *El contrato social*. Elaleph.com, 1999.
- RUBIO LLORENTE (Francisco). *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. España, Ed. Ariel, 1995.
- RUIZ (Alfonso). «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Doha, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1992.
- SALDAÑA BARRERA (Eloy). *Informe sobre el principio o test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. European Commission for democracy through law (Venice Commission), Bolivia, 2018.

- SALOMÉ RESURRECCIÓN (Liliana María). «El concepto discriminación estructural y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos», Trabajo Fin de Máster inédito, Madrid, Universidad Carlos III, 2017.
- SÁNCHEZ GOYANES (Enrique). *Constitución Española Comentada*. Edición ilustrada núm. 23. Thomson-Paraninfo, 2005.
- SECO MARTÍNEZ (José María). «De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar», *Revista Derechos y Libertades*, núm. 36, época II, enero, 2017.
- SERRA CRISTÓBAL (Rosario, coordinador). *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
- SUAY RINCÓN (José). *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Madrid, IEAL, 1985.
- SULLIVAN (Kathleen M.). «Foreword: The Justices of Rules and Standards», *Harvard Law Review*, núm. 106, 1993.
- TRACEY (Guillermo F.). «Categorías sospechosas y control de constitucionalidad», *Lecciones y Ensayos*, núm. 89, 2011.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. *La justa causa de la libertad*. Santo Domingo, Editora Búho, 2015.
- VALBUENA (Iván). «El juicio de igualdad como procedimiento para delimitar el alcance del principio de igualdad. El caso concreto de la distribución de competencias judiciales», *Revista Derecho del Estado*, núm. 19, (diciembre), 2006, (disponible en línea) <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/717/679>.
- VÁSQUEZ (Daniel). *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, UNAM, 2018.
- VERDUGO MARINKOVIC (Mario), Urquiaga Pfeffer y Humberto Nogueira Alcalá. *Derecho constitucional*, tomo I, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2002.

WOLFE (Christopher). *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid, Civitas, 1991.

YOSHINO (Kenji). «The new equal protection», *Harvard Law Review*, vol. 124.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-445/95, 4 de octubre de 1995 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-445-95.htm

Sentencia C-022/96, 23 de enero de 1996 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm

Sentencia T-352/97 30 de julio de 1997, [en línea], <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-352-97.htm>

Sentencia C-93/01, 29 de marzo de 2000 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000

Sentencia C-371-00, 31 de enero de 2001 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-93-01.htm

Sentencia C-452 de 2005, 3 de mayo de 2005 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-452-05.htm.

Sentencia C-748/09, 20 de octubre del 2009 [en línea], www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-748-09.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Loayza Tamayo vs Perú, 17 de septiembre de 1997, [en línea] www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf

Corte Constitucional de Ecuador

Sentencia núm. 080-13-SEP-CC, 2013.

Tribunal Constitucional de España

STC/75/1983 3 de agosto de 1983, [en línea], www.hj.tribunalconstitucional.es/ca/

STC/148/1986 25 de noviembre de 1986, [en línea], www.hj.tribunalconstitucional.es/ca/

STC 144/1988, 12 de julio de 1988.

STC/209/1988 10 de noviembre de 1988, [en línea], www.hj.tribunalconstitucional.es/ca/

STC 200/1990, 10 de diciembre de 1990.

STC 21/1992, 14 de febrero de 1992.

STC/39/2002 14 de febrero de 2002, [en línea], www.hj.tribunalconstitucional.es/ca/

STC/125/2003 19 de junio de 2003, [en línea], www.hj.tribunalconstitucional.es/ca/

Corte Suprema de los Estados Unidos

Royster Guano Co. V. Virginia, 253 U. S. 412 (1920).

Brown vs Board of Education, 347 U. S. 483, 1954.

Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438 (1972).

Regents of the University of California v. Bakke, 438 U. S. 265 (1978).

Gratz v. Bollinger, 539 U. S. 244 (2003).

Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306 (2003).

Fisher v. University of Texas, 570 U. S. 297 (2013).

Fisher v. University of Texas, 579 U. S. ____ (2016).

Trump v Hawaii, 17-965, 585 U. S. ____ (2018).

Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México

Amparo en revisión 581/2012, 5 de diciembre de 2012.

Tribunal Constitucional del Perú

Sentencia del 19 de abril de 2007, [en línea], www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06626-2006-AI.pdf

Sentencia del 29 de octubre de 2005, [en línea], www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004AI.pdf

Tribunal Constitucional de la República Dominicana

TC/0012/12, del nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012).

TC/0028/12, del tres (3) de agosto de dos mil doce (2012).

TC/0094/12, del veintiún (21) de diciembre de dos mil doce (2012).

TC/0090/13, del cuatro (4) de junio de dos mil trece (2013).

TC/0107/13, del veinte (20) de junio de dos mil trece (2013).

TC/0159/13, del doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013).

TC/0060/14, del cuatro (4) de abril de dos mil catorce (2014).

TC/0048/15, del treinta (30) de marzo de dos mil quince (2015).

TC/0070/15, del dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).

TC/0311/15, del veinticinco (25) de septiembre de dos mil quince (2015).

TC/0379/17, del once (11) de julio de dos mil diecisiete (2017).

TC/0082/18, del veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

TC/0281/19, del ocho (8) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

TC/0440/19, del diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

TC/0441/19, del diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

TC/0560/19, del once (11) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

TC/0019/20, del seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020).

TC/0037/20, del diez (10) de febrero de dos mil veinte (2020).

TC/0482/20, del veintinueve (29) de diciembre de dos mil veinte (2020).

TC/0522/20, del veintinueve (29) de diciembre de dos mil veinte (2020).

TC/0226/21, del treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

TC/0461/21, del tres (3) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

TC/0133/22, del doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022).

TC/0277/23, del dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

ANEXOS

A continuación se listan las sentencias en las cuales el Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha aplicado, de alguna forma, el test de igualdad para determinar si se viola o no la cláusula de igualdad:

| Número de sentencia | Fecha |
|----------------------------|--------------------------|
| 1. TC/0033/12 | 15 de agosto de 2012 |
| 2. TC/0044/12 | 21 de setiembre de 2012 |
| 3. TC/0094/12 | 21 de diciembre de 2012 |
| 4. TC/0049/13 | 9 de abril de 2013 |
| 5. TC/0159/13 | 12 de septiembre de 2013 |
| 6. TC/0228/13 | 26 de noviembre de 2013 |
| 7. TC/0267/13 | 19 de diciembre de 2013 |
| 8. TC/0019/14 | 17 de enero de 2014 |
| 9. TC/0060/14 | 4 de abril de 2014 |
| 10. TC/0320/14 | 22 de diciembre de 2014 |
| 11. TC/0334/14 | 22 de diciembre de 2014 |
| 12. TC/0048/15 | 30 de marzo de 2015 |
| 13. TC/0080/15 | 1.º de mayo de 2015 |
| 14. TC/0158/15 | 6 de julio de 2015 |
| 15. TC/0311/15 | 25 de septiembre de 2015 |

| | |
|-----------------------|--------------------------|
| 16. TC/0391/15 | 16 de octubre de 2015 |
| 17. TC/0435/15 | 30 de octubre de 2015 |
| 18. TC/0535/15 | 1.º de diciembre de 2015 |
| 19. TC/0145/15 | 29 de abril de 2016 |
| 20. TC/0337/16 | 20 de julio de 2016 |
| 21. TC/0594/16 | 23 de noviembre de 2016 |
| 22. TC/0035/17 | 31 de enero de 2017 |
| 23. TC/0044/17 | 31 de enero de 2017 |
| 24. TC/0785/17 | 7 de diciembre de 2017 |
| 25. TC/0073/18 | 23 de marzo de 2018 |
| 26. TC/0082/18 | 23 de marzo de 2018 |
| 27. TC/0124/18 | 4 de julio de 2018 |
| 28. TC/0195/18 | 19 de julio de 2018 |
| 29. TC/0411/18 | 9 de noviembre de 2018 |
| 30. TC/0241/19 | 7 de agosto de 2019 |
| 31. TC/0421/19 | 9 de octubre de 2019 |
| 32. TC/0440/19 | 10 de octubre de 2019 |
| 33. TC/0441/19 | 10 de octubre de 2019 |
| 34. TC/0560/19 | 11 de diciembre de 2019 |
| 35. TC/0573/19 | 11 de diciembre de 2019 |
| 36. TC/0037/20 | 10 de febrero de 2020 |

| | |
|-----------------------|--------------------------|
| 37. TC/0064/20 | 21 de febrero de 2020 |
| 38. TC/0134/20 | 13 de mayo de 2020 |
| 39. TC/0218/20 | 6 de octubre de 2020 |
| 40. TC/0270/20 | 9 de diciembre de 2020 |
| 41. TC/0356/20 | 29 de diciembre de 2020 |
| 42. TC/0374/20 | 29 de diciembre de 2020 |
| 43. TC/0482/20 | 29 de diciembre de 2020 |
| 44. TC/0522/20 | 29 de diciembre de 2020 |
| 45. TC/0542/20 | 29 de diciembre de 2020 |
| 47. TC/0001/21 | 20 de enero de 2021 |
| 47. TC/0022/21 | 20 de enero de 2021 |
| 48. TC/0121/21 | 20 de enero de 2021 |
| 49. TC/0226/21 | 30 de julio de 2021 |
| 50. TC/0278/21 | 8 de septiembre de 2021 |
| 51. TC/0290/21 | 20 de septiembre de 2021 |
| 52. TC/0337/21 | 1.º de octubre de 2021 |
| 53. TC/0380/21 | 17 de noviembre de 2021 |
| 54. TC/0461/21 | 3 de diciembre de 2021 |
| 55. TC/0471/21 | 13 de diciembre de 2021 |
| 56. TC/0097/22 | 7 de abril de 2022 |
| 57. TC/0133/22 | 12 de mayo de 2022 |

| | |
|-----------------------|-------------------------|
| 58. TC/0135/22 | 12 de mayo de 2022 |
| 59. TC/0139/22 | 12 de mayo de 2022 |
| 60. TC/0399/22 | 30 de noviembre de 2022 |
| 61. TC/0411/22 | 8 de diciembre de 2022 |
| 62. TC/0218/23 | 4 de mayo de 2023 |
| 63. TC/0277/23 | 18 de mayo de 2023 |

Esta edición de *Test de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana* de Chanel Liranzo Montero, consta de cincuenta (50) ejemplares, se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2023 en los talleres gráficos de Tres Tintas SRL, Santo Domingo, República Dominicana.
