

## LOS ESTÁNDARES PARA JUZGAR NORMAS QUE REALIZAN DISTINCIONES. PARALELISMO ENTRE LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ESTADOUNIDENSE Y LA DEL SISTEMA INTERAMERICANO SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD

Lucas GIARDELLI\*  
Fernando TOLLER\*\*  
Juan CIANCIARDO\*\*\*

SUMARIO: I. *Planteo del problema y objetivo del trabajo.* II. *El derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos: el “sistema de escrutinios”.* III. *Las “categorías sospechosas” y otros supuestos de aplicación del escrutinio estricto en la Corte Suprema de los Estados Unidos.* IV. *El derecho a la igualdad en el sistema interamericano de derechos humanos.* V. *Los estándares utilizados por la Comisión y la Corte interamericanas para juzgar violaciones a la igualdad y su comparación con el “escrutinio estricto” estadounidense.* VI. *Conclusiones.*

### I. PLANTEO DEL PROBLEMA Y OBJETIVO DEL TRABAJO

Justicia e igualdad han estado unidas indisolublemente desde antiguo en el pensamiento jurídico y filosófico. Se entiende una a la luz de la otra. Por

\* Ayudante de Derecho constitucional y miembro del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Buenos Aires).

\*\* Profesor titular de Derecho constitucional y director del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Buenos Aires).

\*\*\* Profesor titular de Filosofía del derecho y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Buenos Aires).

eso, el ícono de la justicia, la imagen de Diké, consiste precisamente en una diosa que sostiene la balanza con los ojos vendados, sin hacer acepción de personas, sin discriminar, procurando que ambos platillos se mantengan a la misma altura, que el fiel de esa balanza no se aparte del justo medio, que se “dé a cada uno lo suyo”. En el centro mismo del fenómeno jurídico, como elemento ordenador de la convivencia social y de las relaciones entre las personas, se halla así la actividad de encontrar semejanzas y realizar distinciones bajo criterios de justicia. Así es el derecho; eso es el derecho.

En concordancia con lo anterior, se ha aceptado de modo prácticamente universal que el respeto a los principios de justicia y de igualdad exige un mismo trato en similares circunstancias. Por eso mismo, hay consenso en que ese respeto no impide que la legislación contemple de modo distinto situaciones que considera diferentes, siempre y cuando el criterio de distinción adoptado no resulte arbitrario. Esta idea ha sido expresamente recogida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este tribunal ha sostenido que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia...<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte I. D. H.), “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, pfs. 55 y 56.

Esta fuerte defensa del derecho a la igualdad se debe integrar en un contexto mayor, tuitivo de los derechos humanos. En efecto, los derechos fundamentales, como bienes preciosos que son, merecen que, ante toda posibilidad de menoscabo, se extremen los cuidados por utilizar instrumentos de interpretación y de toma de decisiones que maximicen su defensa dentro sus ámbitos legítimos y razonables de ejercicio, de modo que puedan armonizarse todos los bienes realmente en juego, que no se sacrifique ningún derecho presente en el caso y que las normas que regulan los derechos humanos no alteren, limiten o restrinjan sus contenidos esenciales.<sup>2</sup>

En el caso del derecho a la igualdad, lo anterior se ve reforzado en tanto que —como se verá al tratar del sistema interamericano de derechos humanos— tiene una cierta función sistémica o estructural, toda vez que su respeto se encuentra ligado con la vigencia efectiva de los restantes derechos humanos. En consecuencia, el principio que podríamos llamar “de igualdad relativa” o de “igualdad proporcional” —y que hunde sus raíces en la concepción aristotélica de la justicia distributiva— representa, sin lugar a dudas, la piedra de toque en el análisis de las exigencias impuestas por el

<sup>2</sup> Sobre estas ideas, *cfr.* Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, *passim*; Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, *passim*, del cual hay una segunda edición reciente, titulada *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007; *id.*, *El principio de proporcionalidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, *passim*; Toller, Fernando, “Hacia el ocaso del darwinismo jurídico. Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales”, *El Derecho*, 180 (1999), pp. 1427-1439; *id.*, “Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales”, *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*, 4, 1998, pp. 225-252; *id.*, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1999 (trabajo aplicado a cuestiones concretas que, entre otras cosas, intenta demostrar cómo es posible armonizar los varios derechos fundamentales cuya correlación se estudia ahí, evitando sacrificar alguno de ellos); *idem.*, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en Ferrer Mc Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, pp. 1199-1284; *id.*, “Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos”, en Silva Martins, Ives Gandra da (coord.), *Direito fundamental à vida*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 495-515; e *id.*, “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”, en Cianciardo, Juan (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 133-181.

derecho a la igualdad. La sola idea de una máxima de “igualdad absoluta”, que acarree la invalidez de toda diferenciación atenta contra el sentido común. Por el contrario, y como se dijo, una de las principales funciones del derecho consiste en efectuar clasificaciones y distinciones que permitan encontrar lo justo, para “dar a cada uno lo que le corresponde”, como enseñaron Platón,<sup>3</sup> Ulpiano<sup>4</sup> y Tomás de Aquino.<sup>5</sup>

De ahí que tan injusto resulte el trato desigual a quienes se encuentran en iguales circunstancias como el trato igualitario a quienes están en circunstancias lo suficientemente disímiles entre sí como para justificar un tratamiento diferenciado. Lo dicho se aplica tanto a la norma, considerada en sí misma, en abstracto, que segrega a toda una categoría de personas, como a su aplicación concreta a casos determinados, donde el decisor arbitrariamente reconoce derechos a unos y los niega a otros.<sup>6</sup>

Ahora bien, en muchos casos, las elaboraciones sobre el derecho a la igualdad, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, se agotan en la consagración —mediante diversas fórmulas— del referido “principio de igualdad relativa”. Sin embargo, si bien este principio se presenta como el *prius* lógico de todo análisis en que se pretenda verificar una violación del derecho a la igualdad, lo cierto es que no es autosuficiente: resta conocer, en cada caso concreto, cuándo puede considerarse que una determinada distinción es irrazonable y no puede mantenerse, o, por el contrario, cuándo puede ser considerada no arbitraria, sino razonable, por existir razones suficientes que justifiquen el trato desigual.<sup>7</sup>

Dicho de otro modo, hacen falta otras herramientas hermenéuticas y valorativas que complementen e integren el principio de igualdad relativa, vinculándolo con el principio de razonabilidad, máxima legitimadora de

<sup>3</sup> Cfr., *La República*, libro I, 331e y 332c.

<sup>4</sup> Véase *Digesto*, I, 1, 10, pr.

<sup>5</sup> Cfr. *Summa Theologiae*, II-II, q. 58, a. 1.

<sup>6</sup> Sobre este punto puede verse Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 381 y ss. Cfr. asimismo, respecto de la jurisprudencia argentina, Didier, María Marta, *El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Un estudio de la igualdad en las normas jurídicas generales*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2007, tesis doctoral, cap. 1.

<sup>7</sup> Esta inquietud respecto de la insuficiencia del “principio de igualdad relativa” también ha sido planteada por Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 198 y ss.

toda norma.<sup>8</sup> Se trata, en definitiva, de incorporar ciertas pautas de análisis a las cuales pueda recurrirse al momento de evaluar si una diferenciación constituye un razonable ejercicio de la actividad regulatoria legislativa o administrativa, o bien, por el contrario, una arbitraria violación del derecho a la igualdad.

En suma, se busca determinar si las disimilitudes existentes entre determinadas personas y las situaciones en que ellas se encuentran, poseen la relevancia requerida para justificar su tratamiento diferenciado por parte del derecho. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha hecho un aporte significativo en esta tarea de complementación del principio de igualdad relativa. Ya sea debido a las necesidades impuestas por la trágica historia de discriminación de su país, o simplemente por su proclividad a la elaboración de reglas y tests de constitucionalidad, lo cierto es que la jurisprudencia del máximo tribunal norteamericano desarrolló y perfeccionó a lo largo de más de medio siglo un complejo sistema de interpretación y de toma de decisiones en torno a la cláusula de igualdad de la Decimocuarta Enmienda.

Así las cosas, la *equal protection clause* ya no es “el último recurso entre los argumentos constitucionales”, como había sido caracterizada por el juez Holmes en 1927,<sup>9</sup> sino que, en nuestros días, es uno de los capítulos del derecho constitucional que más atención recibe por parte de la Supreme Court estadounidense.<sup>10</sup> Por su parte, y con posterioridad a los desarrollos estadounidenses a que se aludía recién, la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos han tenido ante sí en varias ocasiones casos relativos al derecho a la igualdad, y han tomado sus decisiones apelando a diversos elementos de juicio, sin mencionar expresamente los estándares provenientes de la judicatura estadounidense.

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo específico el de explorar si es posible trazar un paralelismo entre algunos de los elementos centrales de esta construcción jurisprudencial del tribunal norteamericano —en particular, del llamado “escrutinio estricto”— y algunas líneas de análisis que pueden extraerse de las decisiones de los órganos del sistema

<sup>8</sup> Sobre el principio de razonabilidad, puede consultarse Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad...*, cit., nota 2, *passim*. Cfr., asimismo, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, *passim*.

<sup>9</sup> La expresión corresponde a su voto en *Buck vs. Bell*, 274 U.S. 200 (1927).

<sup>10</sup> Cfr., Didier, *El principio de igualdad...*, op. cit., nota 6, cap. 2 y *passim*.

interamericano vinculadas con el derecho a la igualdad. Se trata así de explicar cuáles son esos elementos de los tests relativos al derecho a la igualdad y de dilucidar si ambos sistemas están usando los mismos o similares estándares de resolución. De esta manera, si se logra encontrar en la doctrina de los órganos interamericanos las herramientas principales del modelo de análisis estadounidense más exigente, o al menos puntos de contacto con ellas, se estará en condiciones de aprovechar la rica jurisprudencia proveniente de la Corte Suprema de aquel país, para contribuir así a desarrollar un enfoque que pueda ser utilizado por los órganos del sistema interamericano al momento de resolver casos relativos al derecho a la igualdad. Antes de comenzar con esto debemos efectuar algunas consideraciones preliminares.

En primer lugar, hay que advertir que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha llevado a cabo un análisis sistemático del derecho a la igualdad. Por eso, como podrá apreciarse a lo largo del trabajo, las conclusiones a las que se arriba aquí no son necesariamente definitivas, algo derivado de esas dificultades interpretativas en parte insalvables, y también del hecho de sustentarse —en algunos casos— en afirmaciones que no tuvieron otro destino que ser meros *obiter dicta*, y no la *ratio decidendi* o el núcleo de la decisión de esos casos o problemas planteados a la decisión de los órganos interamericanos.

En segundo lugar, conviene dejar claro que el llamado “sistema de escrutinios” de la Corte Suprema estadounidense está lejos de ser una panacea que elimine toda incertidumbre y asegure una solución justa a cada caso, prueba de lo cual son las numerosas críticas que ha despertado en su propio país de origen. Entre otras cosas, suele achacársele ser un modelo de análisis excesivamente rígido, arbitrario y alejado de las particularidades del caso concreto.<sup>11</sup> Por esto, y por exceder el objeto de este trabajo, que es

<sup>11</sup> Estos embates contra el sistema de escrutinios no sólo surgieron en el ámbito doctrinario, sino que también pueden encontrarse en los votos que distintos jueces de la Corte —ya pasados (*v. gr.*, Rehnquist) y actuales (*v. gr.*, Stevens)— han formulado en casos relativos a la cláusula de igualdad. A modo ilustrativo, la visión crítica del juez Stevens puede consultarse en s/firma, “Justice Stevens’ Equal Protection Jurisprudence”, *Harvard Law Review* 100 (1987), pp. 1146-1165. Inclusive, el juez Thurgood Marshall —uno de los más firmes detractores del sistema de escrutinios— en una serie de votos en disidencia durante sus 25 años como *justice* elaboró una propuesta de modelo alternativo de análisis en materia de igualdad con el que, en la práctica, se llega muchas veces a resultados opuestos. *Cfr.*, por ejemplo, el voto del juez Marshall en *Lyng vs. Castillo*, 477 U.S. 635 (1986). Por ejemplo, el *sliding scale approach* de Marshall resulta considerablemente menos riguroso a la hora

el de realizar una posible constatación sobre el mencionado paralelismo, no vamos a realizar juicios de valor sobre el mérito intrínseco del “sistema de escrutinios” estadounidense. Con todo, debe concederse que, al menos, el sistema de escrutinios cumple con el objetivo de aportar ciertos elementos que, a la vez que tienden a la ansiada complementación de las exigencias del principio de igualdad con el control de razonabilidad de las normas, conforman un conjunto de “reglas de juego” que brindan un marco de certeza y previsibilidad en los litigios relativos a la igualdad. De allí el interés que tiene el análisis de la jurisprudencia interamericana a la luz de esos parámetros, para evaluar si la misma está o no siguiendo o utilizando, aun cuando no sea consciente de ello, aquellos estándares de decisión.

Como tercera advertencia, hay que explicar que se va a utilizar aquí el test relativo al control de razonabilidad de las normas consistente en analizar la legitimidad de la finalidad buscada por la medida, la adecuación o eficacia de los medios elegidos con relación a dicho fin, la necesidad de su adopción o inexistencia de medios alternativos más convenientes y la proporcionalidad entre los costos y beneficios de adoptar o no la medida.<sup>12</sup> En rigor, este análisis corresponde al Tribunal Constitucional alemán, y no es utilizado así, estructuralmente y de modo completo, por la Corte Suprema de los Estados Unidos al realizar el control constitucional de razonabilidad de las leyes. Sin embargo, como se verá, este último tribunal sí lo usa, aunque sin denominar así a cada uno de sus pasos, en el sistema de escrutinios de constitucionalidad que ha elaborado con relación al derecho a la igual protección de las leyes.

de evaluar la constitucionalidad de políticas de *affirmative action*, a causa de la “discriminación inversa”, las cuales en el marco del sistema de escrutinios están sujetas al más severo grado de control. Por último, cabe mencionar a la Corte del estado de Alaska como uno de los pocos tribunales norteamericanos que se aparta decididamente del sistema de escrutinios impuesto por la Corte federal, habiéndolo criticado de modo abierto en sus sentencias. Sobre el sistema de *equal protection* en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Estado de Alaska puede consultarse McGreal, Paul, “Alaska Equal Protection: Constitutional Law or Common Law”, *Alaska Law Review*, 15 (1998), pp. 209 y ss. También ha sido fuertemente objetada la orientación adoptada por la Corte con respecto al enjuiciamiento de las políticas de *affirmative action*, en el sentido de que debe ser el criterio de distinción utilizado por la norma —y no la clase perjudicada por la misma— el que determine el nivel de escrutinio a aplicar. Puede encontrarse una versión de esta crítica en Goldberg, Suzanne, “Equality Without Tiers”, *Southern California Law Review*, 77 (2004) 481, pp. 508 y ss.

<sup>12</sup> Para una exposición de esos momentos en el control de razonabilidad de las leyes, *cfr.*, Cianciardo, *El principio de proporcionalidad...*, *op. cit.*, nota 2, pp. 61-110 y 119-121.

Por último, resulta oportuno efectuar una advertencia común a todos los casos en que se encara el estudio de doctrinas extranjeras con miras a su posible implementación en otros ordenamientos. En nuestra opinión, los procesos de importación de institutos jurídicos deben siempre realizarse desde una óptica sanamente crítica, procurando adoptar sus componentes positivos, a la vez que se desechan los negativos, o los que simplemente resultan inadecuados para el hábitat jurídico del país o del sistema jurídico importador. Teniendo en cuenta esto, debe reiterarse que este trabajo tiene una finalidad primordialmente descriptiva y de constatación, quedando para otro momento la mencionada tarea de valoración crítica.

## II. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS: EL “SISTEMA DE ESCRUTINIOS”

### 1. *La equal protection of the laws y los tres niveles de análisis*

Se ha dicho con anterioridad que toda diferenciación, para no ser violatoria del derecho a la igualdad, debe ser razonable. Ahora bien, al estudiar la jurisprudencia de la Corte norteamericana se advertirá que la intensidad con la que la misma practica el juicio de razonabilidad de las diferenciaciones depende de distintos factores. Éste es el postulado básico del modelo de análisis que aquí llamamos “sistema de escrutinios”: no todo tipo de diferenciación debe ser evaluada por el juez con el mismo criterio.

Los tipos de escrutinio son aplicaciones concretas del control constitucional de razonabilidad y, más específicamente, son los distintos niveles de intensidad en la aplicación de ese juicio de razonabilidad —es decir, en la evaluación de fines y de medios, con relación al derecho regulado— a las distinciones efectuadas por las normas generales que han sido impugnadas en juicio. Puede decirse, gráficamente, que equivalen al “grado de desconfianza con que será evaluada la norma”, o a los “buenos o malos ojos con que el juez mirará la ley”.

En la práctica, la determinación del nivel de escrutinio que se utilizará para una situación litigiosa implica someter ese caso a unas u otras “reglas de juego” determinadas, que han sido establecidas por la Corte con anterioridad. Tan trascendente es la elección del tipo de escrutinio aplicable que los jueces —ante supuestos complejos o novedosos— dedican largos pá-

rrafos a justificar su decisión con respecto a este punto e, incluso, no resulta extraño encontrar casos en donde la diferencia determinante entre la decisión mayoritaria y el voto de la disidencia reside en el nivel de escrutinio utilizado por unos y por otros.<sup>13</sup>

Por lo señalado, una norma sometida al llamado *strict scrutiny* —“escrutinio estricto”— será mirada con suma desconfianza por el juez —de ahí el rótulo de “categorías sospechosas” para aquellas que están sometidas a este tipo de escrutinio—, presumiéndose su inconstitucionalidad ante la mera impugnación por una parte interesada, quedando entonces el Estado obligado a llevar a cabo una difícilísima tarea probatoria y de argumentación para evitar que la misma sea declarada inválida.<sup>14</sup> Tan difícil es este cometido para quien quiera defender la norma, que se ha llegado a decir que este escrutinio es “estricto en la teoría, pero fatal en los hechos”.<sup>15</sup>

En el otro extremo, la gran mayoría de las normas sometidas al nivel de escrutinio más débil, conocido como *rational basis review* —o “control de la base racional”, o “de la relación racional”, en la medida que hace el distinción con respecto al fin buscado— no encuentra problemas para superarlo, al punto que suele decirse que este tipo de escrutinio funciona más como un sello de aprobación (*rubber stamp*) aprobado indiscriminadamente a todas las leyes y regulaciones generales de la administración, que como un verdadero juicio de razonabilidad.<sup>16</sup> Con el correr de los años, la práctica judi-

<sup>13</sup> Véase como ejemplo de lo que se señala en el texto, el caso *City of Cleburne vs. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 1985.

<sup>14</sup> El origen de esta presunción de invalidez puede remontarse a las enseñanzas de John Stuart Mill, según se destaca en el voto mayoritario de la Corte Suprema argentina en el caso *Hoofi*, consid. 3o., publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV-516.

<sup>15</sup> Esta conocida expresión corresponde a Gunther, Gerald, “The Supreme Court: 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection”, *Harvard Law Review*, 86, 1972, p. 8. No obstante lo anterior, también debe señalarse que, en los últimos años, en el ámbito de los casos de *affirmative action* la Corte estadounidense se ha encargado de demostrar que el escrutinio estricto no es siempre “fatal en los hechos”, declarando la constitucionalidad de diversos sistemas de admisión universitaria que tomaban en cuenta la raza del aspirante. *Cfr.*, *Gratz vs. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); *Grutter vs. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

<sup>16</sup> *Cfr.*, Swierenga, Brenda, “Still Newer Equal Protection: Impermissible Purpose Review in the 1984 Term”, *The University of Chicago Law Review* 53, 1986, p. 1455. No obstante, el *rational basis review* se ha visto revitalizado con la introducción de una modalidad conocida como *rational basis review with teeth* “con dientes”, en alusión a que el *rational basis review* “todavía muerde”, o *second order rational basis review*. La consideración de esta suerte de “*rational basis review* agravado” será omitida en el presente trabajo, pero puede consultarse al respecto Swierenga, *op. cit.*, nota 16, pp. 1461 y ss.

cial puso en evidencia la rigidez de este sistema binario (*two-tier approach*), concluyéndose que había casos que requerían un nivel de análisis no tan severo como el del escrutinio estricto, pero tampoco tan débil como el del *rational basis review*. Es así que, mediante una serie de decisiones jurisprudenciales, en la década de los setenta surgió el *intermediate scrutiny* —“escrutinio intermedio”—.

## 2. Las categorías

Antes de reseñar brevemente las exigencias y supuestos de aplicación de cada uno de los tipos de escrutinio, cabe plantear una cuestión fundamental. ¿Qué determina que una determinada categorización de personas —o de regulaciones o supuestos— sea definida como “sospechosa” o “cuasi-sospechosa” —lo que activaría el escrutinio estricto o el intermedio, respectivamente— o que, por el contrario, no concite ninguno de estos calificativos, debiendo ser evaluada bajo el estándar más débil? ¿Ha dado la jurisprudencia razones que justifiquen estas distinciones?

La Corte Suprema estadounidense se ha preocupado por explicar qué factores influyen en la determinación del nivel de escrutinio a aplicar. No obstante esto, no pueden darse reglas exactas al respecto. En última instancia, siempre existirá un considerable grado de discrecionalidad en la asignación de un tipo de escrutinio a una determinada clasificación, lo cual es a su vez recogido como una de las críticas centrales que se realizan a este sistema de análisis. En la célebre nota 4 del juez Stone en el caso *United States vs. Carolene Products Co.*,<sup>17</sup> iniciadora de la preferred freedoms doctrine, se habla de “*discrete and insular minorities*”.<sup>18</sup> De allí se extraen dos de

<sup>17</sup> 304 U.S. 144, 152 (1938).

<sup>18</sup> La famosa nota dice, exactamente, lo siguiente:

“Puede haber un alcance más restringido para la operatividad de la presunción de constitucionalidad cuando la legislación muestra en sí misma [*on its face*] que está alcanzada por una prohibición específica de la Constitución, tal como aquellas de las diez primeras enmiendas, que es juzgada igualmente específica cuando se las considera comprendidas dentro de la Decimocuarta”. Véase *Stromberg vs. California*, 283 U.S. 359, 369-370; *Lovell vs. Griffin*, 303 U.S. 444, 452.

Es innecesario considerar ahora si la legislación que restringe aquellos procesos políticos de los cuales puede ordinariamente esperarse que provoquen la derogación de legislación indeseable, debe estar sujeta a un escrutinio judicial más exigente bajo las prohibiciones generales de la Decimocuarta Enmienda que lo que lo están muchos otros tipos de legislación. Sobre las restricciones al derecho a votar, véase *Nixon vs. Herndon*, 273 U.S. 536; *Nixon vs. Condon*, 286 U.S. 73; sobre restricciones a la diseminación de información,

los factores más influyentes a la hora de determinar el nivel de escrutinio al que se someterá una determinada categorización. Así, más agravado será el nivel de escrutinio a aplicar cuando: a) los sujetos pertenecientes a la categoría son “separables”, y por eso sean fácilmente identificables (concepto de *discrete*; presente para la Corte en las clasificaciones negro/blanco y mujer/hombre, no así en la de hijos ilegítimos/legítimos, siendo, por último, discutible en las clasificaciones basadas en la riqueza); y b) cuando los sujetos pertenecientes a la categoría se encuentren segregados geográficamente (concepto de *insular*; en gran medida puede predicarse de los afroamericanos, que en Estados Unidos suelen agruparse en barrios específicos, o de los pobres, por la misma razón, pero no así de las mujeres).

Otros factores a tener en cuenta para considerar sospechosa a una categoría, según diversos precedentes de la Corte e interpretaciones efectuadas por la doctrina, son: c) el hecho de que las características diferenciadoras sean congénitas e inmutables (es el caso de la raza o el sexo, a diferencia de la edad o la condición de “extranjero indocumentado”); d) la capacidad de autoprotección del grupo en el proceso político (un grupo cuantitativamente minoritario puede llegar a tener una alta capacidad de autoprotección en el proceso político); e) el hecho de que sean cuantitativamente una minoría; f) la incidencia de las diferencias físicas en su aptitud para contribuir en la sociedad; y g) la existencia de una historia de discriminación, reflejada en prejuicios o estereotipos con respecto a un cierto grupo. El cúmulo de estos factores pareciera ser el dato tenido en cuenta por la Supreme Court al momento de atribuir un determinado nivel de escrutinio a una categoría. Sin embargo, como ya se ha dicho, resulta inútil buscar aquí una precisión matemática o una lógica perfecta. La atribución de los niveles de escrutinio a distintas categorías que se tiene hoy en día es producto de la sedimentación de los diversos *leading cases* en los que la Corte se vio obligada a adoptar un nivel de escrutinio para analizar una norma basada en una determinada categorización.<sup>19</sup> En todo caso, si a las distinciones basadas en

véase *Near vs. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697, 713-714, 718-720, 722; *Grosjean vs. American Press Co.*, 297 U.S. 233; *Lovell vs. Griffin*, *supra*; sobre interferencias con organizaciones políticas, véase *Stromberg vs. California*, *supra*, 369; *Fiske vs. Kansas*, 274 U.S. 380; *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357, 373-378; *Herndon vs. Lowry*, 301 U.S. 242, y véase Holmes, J., en *Gitlow vs. New York*, 268 U.S. 652, 673; para la prohibición de una asamblea pacífica, véase *De Jonge vs. Oregon*, 299 U.S. 353, 365.

<sup>19</sup> Sobre las categorías sospechosas en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, *cfr.*, Dorf, M. C., “Equal Protection Incorporation”, *Virginia Law Review* 88, 2002,

la raza se les aplica el *strict scrutiny* y a las distinciones basadas en la edad el *rational basis review*, ello responde a que la experiencia y el sentido de justicia demuestran que son contadas, o inexistentes, las ocasiones en las que la raza puede ser utilizada válidamente como un factor de diferenciación, mientras que, por el contrario, en muchos casos la edad puede —y debe— ser tenida en cuenta para realizar distingos al momento de legislar.

### 3. *El rational basis review*

El *rational basis review* se presenta como el nivel de escrutinio más débil de los tres, al punto que, en la práctica, casi todas las leyes logran superarlo. Puede decirse que tiene un carácter residual: se aplicará este “control de la relación racional” a la medida con respecto al fin buscado en todos aquellos supuestos en que no nos encontremos ante una categoría sospechosa o ante una diferenciación que afecte directa y sustancialmente el goce de un derecho fundamental (supuestos de procedencia del escrutinio estricto), o bien ante una categoría cuasisospechosa (casos de escrutinio intermedio). Como todo test de razonabilidad, el *rational basis review* concentra su atención en el fin de la norma y en los medios dispuestos para alcanzarlo.<sup>20</sup> Con relación al análisis del fin, debe señalarse, en primer lugar, que el *rational basis review* se conforma con que el fin de la norma sea legítimo, sin entrar a juzgar acerca de su relevancia social, como sí se hace en los restantes tipos de escrutinio.

Asimismo, es una nota característica de este nivel de escrutinio el no indagar por el fin real, concreto, histórico, con que fue sancionada la norma, sino que, por el contrario, se tomará por verdadero el fin alegado por el Estado al momento de realizar su defensa contra la impugnación. Incluso, no es extraño que el Estado, al defender la constitucionalidad de la norma, presente —en orden subsidiario— distintos fines que se pudieron haber te-

pp. 951 y ss. Como se verá, el escrutinio estricto se contrapone con otros análisis de posibles violaciones al derecho a la igualdad de estándares más leves, que son utilizados para casos donde no hay una “categoría sospechosa”. Así, en primer lugar, el escrutinio intermedio (*intermediate scrutiny*) se utiliza para los casos de “categorías cuasisospechosas” (sexo) y, en segundo lugar, el más leve de los tres análisis, denominado *rational basis review*, que se utiliza para el resto de las diferenciaciones legales. Sobre esto *cfr.*, Stone, G. R., *et al.*, *Constitutional Law*, 3a. ed., Aspen Publishers, 1996, pp. 561-594 y 697-742; y Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, 2a. ed., Nueva York, The Foundation Press, Mineola, 1988, pp. 1553-1618.

<sup>20</sup> *Cfr.*, al respecto, Didier, *El principio de igualdad...*, *op. cit.*, nota 6, cap. 2, § 2.

nido en miras al dictarla, bastando con que la Corte admita uno de ellos como legítimo. Yendo más allá, en varios precedentes puede apreciarse que son los propios jueces los que, para salvar la constitucionalidad de la norma, se imaginan posibles fines legítimos de la misma.<sup>21</sup>

En conclusión, y sin que esto implique abrir juicio contra esta característica de este tipo de escrutinio, el mismo es el único en el que los tribunales no ingresan en la ardua búsqueda del fin real de la norma, teniendo como válidos fines hipotéticos y *post hoc* e, incluso, llegando a proponer ellos mismos fines legítimos tendentes a justificar la distinción.

Una vez determinado cuál es el posible fin o fines legítimos que justifican la norma, el tribunal pasa a considerar si la distinción establecida por la norma posee eficacia para alcanzar esa finalidad. En este nivel de escrutinio, bastará con que la clasificación guarde una “relación razonable” con el fin de la norma. Cabe aclarar que esta relación razonable entre medios y fines se presume, por lo que es el particular que impugnó la norma quien tiene la carga de demostrar la inadecuación o ineficacia de la medida. En cuanto a si el juicio de adecuación, eficacia o idoneidad de la medida debe realizarse *ex ante* o *a posteriori*, es decir, antes del dictado de la norma, durante su proceso legislativo, o posteriormente, quizás años después, cuando se la está juzgando, de acuerdo a como realmente han funcionado las cosas,<sup>22</sup> la Supreme Court tiene dicho que en el *rational basis review*, es irrelevante que el fin de la norma haya sido efectivamente alcanzado por la clasificación, bastando con que los legisladores “pudieran razonablemente haber decidido que lo haría”.<sup>23</sup>

A su vez, debe destacarse que en este nivel débil de escrutinio la Corte de Estados Unidos no aplica un juicio de adecuación de carácter técnico.<sup>24</sup> Así, ha dicho que “las premisas de las que se partió para justificar la distinción pueden ser erróneas, pero el solo hecho de que sean “discutibles” bas-

21 Véase como paradigma de esta postura los casos *Kotch vs. Borrad of River Port Pilot Com'rs for Port of New Orleans*, 330 U.S. 552, 1947 y *FCC vs. Beach Communications*, 508 U.S. 307, 1993.

22 Una discusión sobre esta disyuntiva en Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad...*, *op. cit.*, nota 2, pp. 71-75, quien se inclina por que el examen sea *a posteriori*, al momento de juzgar la medida.

23 *Minnesota vs. Clover Leaf Creamery*, 449 U.S. 456, 465-466, 1981.

24 Para la discusión sobre el carácter técnico o no técnico del análisis de la adecuación de la medida en el control constitucional de razonabilidad, *cf.*, Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad...*, *op. cit.*, nota 2, pp. 75-79.

ta, en el *rational basis review*, para “inmunizar” la elección del Congreso contra las impugnaciones constitucionales”.<sup>25</sup>

Vinculado con el análisis de la relación entre medios y fines se encuentran dos conceptos centrales de la jurisprudencia norteamericana en materia de igualdad. Son los defectos constitucionales de *underinclusiveness* y *overinclusiveness*, relacionados el primero con la eficacia o idoneidad de la norma, y el segundo ya no con la eficacia, sino con su eficiencia, es decir, con la elección de medidas alternativas más proporcionadas a la finalidad buscada y más convenientes para el derecho regulado.

En líneas generales, puede decirse que una regulación es *underinclusive* —infracomprensiva— cuando abarque “menos de lo necesario”, dejando fuera de la clasificación a personas o situaciones que deberían haber sido incluidas en la misma, tomando en consideración cuál fue el fin buscado por el Estado.<sup>26</sup> Como ha dicho uno de los más importantes constitucionalistas estadounidenses: “Las clasificaciones *underinclusive* no incluyen a todos los que están similarmente situados con respecto a una regla y, por

<sup>25</sup> *FCC vs. Beach Communications*, 508 U.S. 307, 320 (1993).

<sup>26</sup> Clásico ejemplo de regulación *underinclusive* es el que se presentó en el caso *Railway Express Agency vs. New York*, 336 U.S. 106, 1949. Una ordenanza de la ciudad de Nueva York prohibía la colocación de publicidad en vehículos, buscando evitar las distracciones de los conductores, contribuyendo así a la seguridad vial. No obstante, la norma permitía expresamente la publicidad cuando el vehículo fuera propiedad de la misma empresa publicitada y estuviera afectando a actividades propias de su giro comercial (por ejemplo, *delivery*), es decir, no fuera utilizado exclusiva o principalmente con fines publicitarios. La Corte reconoció que esta norma era *underinclusive* porque, teniendo en cuenta el fin alegado, debería prohibirse todo tipo de publicidad en vehículos: tanto distraen al conductor los carteles colocados en un vehículo que alquila su espacio de publicidad como los que se encuentran en un vehículo propio de la empresa publicitada. Otro caso paradigmático de norma infracomprensiva se presentó en *Williamson vs. Lee Optical*, 348 U.S. 483, 1955. Una ley de Oklahoma —que tenía como fin el cuidado de la salud pública— prohibía a los dueños de las casas de óptica reemplazar lentes de anteojos sin una receta de oculista. Sin embargo, la propia norma establecía que los vendedores de anteojos armados sí estaban habilitados para hacerlo sin receta. Como puede apreciarse, si la norma quisiera atacar de modo acabado el problema que tiene en miras, debería incluir en la prohibición también a los vendedores de anteojos armados. En ambos casos la Corte, si bien reconoció que las normas impugnadas resultaban infracomprensivas, optó por no declarar su inconstitucionalidad. Para ello sostuvo —en un argumento que hasta hoy es utilizado cada vez que debe defenderse la legitimidad de una norma *underinclusive* en el marco del *rational basis review*— que el Estado puede lidiar con un determinado problema *one step at a time*, es decir, de a una cosa por vez, sin estar obligado a atacar todas sus causas simultáneamente. Ahora bien, ¿por qué se comenzó a regular la situación por un determinado sector y no por otro? La Corte respondió que esa decisión hace a la discrecionalidad del poder que ha dictado la norma y, por ende, resulta ajena al control judicial.

ende, son menos gravosas de lo que sería lógico para poder alcanzar el fin alegado por el gobierno”.<sup>27</sup> De esta manera, cuando la medida es *underinclusive* queda en entredicho si realmente el gobierno persigue el fin que alega, o si en realidad busca la discriminación de los incluidos en la distinción.

En cambio, la legislación será *overinclusive* —sobrecomprensiva— cuando abarca “más de lo necesario”, dado que no sólo incluye de modo eficaz a todos los que debe, de acuerdo al fin de la norma, sino que perjudica o involucra a personas que no constituyen una amenaza para el fin buscado por el Estado, y en este sentido no es indispensable, necesaria o eficiente.<sup>28</sup> Nada impide que una misma norma sea a la vez *overinclusive* y *underinclusive*. A diferencia de lo que sucede en los niveles de escrutinio superiores, donde —con alguna salvedad que se verá sobre las normas sobrecomprensivas en el escrutinio intermedio— la Corte no acepta una norma que sea sobrecomprensiva o infracomprendida, en el *rational basis review* dicho tribunal se ha mostrado muy tolerante con las normas que adolecen de estos defectos.

Aun cuando debe recordarse que el *rational basis review* guarda un carácter de “escrutinio residual”, es decir, cuando no corresponde aplicar un *strict scrutiny* o un *intermediate scrutiny*, entre los supuestos paradigmáticos en los que la Corte ha optado por aplicar este nivel de análisis encontramos los casos de diferenciaciones prescritas por regulaciones en materia

<sup>27</sup> Tribe, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, nota 19, p. 1447.

<sup>28</sup> Suele citarse como ejemplo de regulación sobrecomprensiva el caso *New York Transit Authority vs. Beazer*, 440 U.S. 568, 1979. El Departamento de Tránsito de Nueva York había resuelto no contratar personas que consumieran metadona, una droga administrada como parte del tratamiento de rehabilitación de adictos a la heroína. Se alegaba como motivación de la norma que estaba comprobado que los consumidores de metadona no eran capaces, por lo general, de cumplir eficientemente con las tareas a su cargo, por lo que —de emplearlos— se pondría en peligro la seguridad vial. Claramente, la norma perjudicaba a ciertas personas que no constituían una amenaza para el fin buscado, dado que —aunque una importante proporción de los usuarios de metadona resultarían efectivamente inidóneos— no todo consumidor de esa sustancia tendría problemas para cumplir con el trabajo requerido. La Corte terminó por declarar la constitucionalidad de la norma, aun cuando reconoció que la misma abarcaba más de lo necesario para cumplir con el fin buscado. Al momento de justificar la validez de una norma *overinclusive*, la Corte suele sostener que, de no admitirse este tipo de medidas, se obligaría al Estado a incurrir en grandes costos para examinar caso por caso qué personas constituyen una amenaza para el fin buscado por la norma. En otras palabras, las generalizaciones resultan necesarias para optimizar los costos de la administración pública.

económico-social<sup>29</sup> y a las distinciones fundadas en la edad,<sup>30</sup> en la riqueza<sup>31</sup> y —excepcionalmente— en la condición de extranjero.<sup>32</sup>

#### 4. *El escrutinio intermedio*

Ante todo, debe tenerse en cuenta que en este nivel de escrutinio la carga de acreditar los extremos del juicio de razonabilidad de la distinción recae sobre el Estado. Por otro lado, en el escrutinio intermedio se exige que la diferenciación encuentre su razón de ser en un fin, no ya tan sólo legítimo, sino además “importante”. A su vez, aquí y en el escrutinio estricto la Corte ya no confía en los propósitos alegados por el Estado, sino que adopta una actitud escéptica, indagando por el auténtico fin de la norma (actual purpose).<sup>33</sup>

En lo que respecta al análisis de los medios, en el *intermediate scrutiny* el juicio de adecuación o idoneidad de la medida adquiere una mayor intensidad: la Corte tradicionalmente sostiene que la distinción establecida por la norma debe ser “sustancialmente efectiva” para alcanzar el fin importante. Ha sostenido también en el caso *United States vs. Virginia*<sup>34</sup> que el Estado debe brindar una “justificación extremadamente persuasiva” acerca de la eficacia de los medios adoptados para alcanzar el fin.<sup>35</sup> A diferencia de lo

<sup>29</sup> Véase los ya citados *Railway Express Agency vs. New York*, 336 U.S. 106, 1949, y *Williamson vs. Lee Optical*, 348 U.S. 483, 1955.

<sup>30</sup> *Cfr.*, *Massachusetts Board of Retirement vs. Murgia*, 427 U.S. 307, 1976.

<sup>31</sup> *Cfr.*, *San Antonio School District vs. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 1973.

<sup>32</sup> Como principio, en los casos de diferenciación por la condición de extranjero se aplica el escrutinio estricto. No obstante, en ciertos supuestos excepcionales, este tipo de distinción se evalúa bajo el *rational basis review*. Así, en el caso de distinciones contenidas en normas de derecho federal, considerando que el Congreso tiene el poder para decidir las cuestiones sobre el ingreso y permanencia de extranjeros, *cfr.*, *Matthew vs. Diaz*, 426 U.S. 67, 81, 1976; en distinciones estatales referidas a extranjeros ilegales o indocumentados, ver *Plyler vs. Doe*, 457 U.S. 202, 224-226, 1982; cuando se encuentren involucradas cuestiones estatales relativas al autogobierno y proceso democrático, *cfr.* *Sugarman vs. Dougall*, 413 US 634, 1973.

<sup>33</sup> *Cfr.*, entre innumerables casos, *McLaughlin vs. Florida*, 379 U.S. 184, 192, 1964; *Graham vs. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971); *Kramer vs. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621 (1969); *Shapiro vs. Thompson*, 394 U.S. 618, 1969; *Skinner vs. ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535, 1942.

<sup>34</sup> 518 U.S. 515, 1996.

<sup>35</sup> *Cfr.*, *ibid.*, 531. En la práctica, esto se traduce en que el juicio de adecuación tiende a adoptar un carácter técnico, como puede apreciarse, por ejemplo, en el caso *Craig vs. Bo-*

que sucedía en el *rational basis review*, para superar el test no basta aquí que las premisas tomadas en cuenta por el Estado al establecer la distinción tengan una relación racional con el fin, y menos que las mismas sean “discutibles”. De ser así, la Corte ingresará en esa discusión y tomará partido al momento de decidir acerca de la constitucionalidad de la norma.

En lo que respecta al juicio de necesidad o de eficiencia de la medida, la cuestión no aparece clara, aunque, por lo que se verá, en principio puede decirse que no se lo aplica en este nivel de escrutinio. Sí puede afirmarse que no se exige a la norma el carácter de *narrowly tailored* demandado en el escrutinio estricto.<sup>36</sup>

Ahora bien, ¿debe analizarse si existió una alternativa menos discriminatoria? ¿Se admiten las normas *overinclusive*? No es sencillo extraer una respuesta precisa a estas preguntas de los distintos precedentes en donde la Corte aplicó el escrutinio intermedio. Hay muy buenos argumentos para sostener que en este nivel de análisis la Corte no ha indicado que deba aplicarse el *least discriminatory alternative test*, aunque también se podría afirmar que, si bien no es necesario que la medida adoptada haya sido la ideal, deberá evaluarse si, al menos, “fueron consideradas otras alternativas menos discriminatorias”, aunque este extremo resulte muy difícil de acreditar.

Con respecto al defecto de *overinclusiveness* en el escrutinio intermedio, existe certeza sobre lo siguiente: a) no se admiten normas que sean groseramente sobrecomprensivas,<sup>37</sup> lo cual no significa exigir el “encaje perfecto” del escrutinio estricto, y b) la amplitud de la medida diferenciadora ya no puede justificarse en la mera conveniencia del Estado.<sup>38</sup>

¿Cuándo se aplica el escrutinio intermedio? Es aplicado en los casos en que se establecen diferenciaciones con base en una de las llamadas “categorías cuasisospechosas”. Hasta el momento, la Corte ha entendido que és-

*ren*, 429 U.S. 190, 199-204, 1976, en donde la Corte echó mano de estadísticas para resolver la cuestión.

<sup>36</sup> Al respecto existen multitud de casos. Son de destacar, entre ellos, *Regents of Univ. of Cal. vs. Bakke*, 438 U.S. 265, 1978, voto del Justice Powell; y, más recientemente, la mayoría de la Corte en *Grutter vs. Bollinger*, 539 U.S. 306, 2003.

<sup>37</sup> Así lo sostuvo la Corte en *Craig vs. Boren*, 429 U.S. 190, 204-210, 1976.

<sup>38</sup> *Cfr.*, *Reed vs. Reed*, 404 U.S. 71, 1971.

tas son el sexo<sup>39</sup> —principal campo de aplicación de este escrutinio— y la condición de hijo extramatrimonial.<sup>40</sup>

### 5. *El escrutinio estricto*

El *strict scrutiny* encuentra su antecedente en la ya referida nota 4 del voto del juez Stone en el fallo *United States vs. Carolene Products Co.* (1938),<sup>41</sup> en donde se sugirió que las normas que discriminaran contra *discrete and insular minorities* “podrían demandar un análisis judicial más intenso”.<sup>42</sup> Como puede apreciarse, una simple insinuación deslizada en una nota al pie dio origen a una de las herramientas más importantes del derecho constitucional estadounidense.<sup>43</sup> La Corte ha establecido en innumerables fallos que, para superar el escrutinio estricto, la norma debe tener como fin un *compelling state interest*, esto es, un “interés estatal o gubernamental imperioso”, y la carga de la prueba de demostrar la existencia de tal fin corresponde al Estado.<sup>44</sup>

Surge la duda acerca de si el término *compelling* supone necesariamente “urgencia”. No parece necesario detenerse en el análisis de las distintas acepciones del término ofrecidas por los diccionarios de lengua inglesa, que, por lo demás, resultan ambiguas. Es más útil, a los fines de determinar el alcance de esta expresión, recurrir directamente a aquellos casos en los que la Corte Suprema ha entendido que se configuraba un *compelling state interest*. Si bien cuando se analiza el célebre precedente *Korematsu vs. United States*,<sup>45</sup> en donde el fin de la norma era la seguridad pública, podría deducirse que *compelling* equivale a urgente, la nueva jurisprudencia sobre *affirmative action* viene a desmentir esta interpretación. Así, en *Gratz vs. Bollinger*<sup>46</sup> y *Grutter vs. Bollinger*<sup>47</sup> la mayoría de la Corte sostuvo que la obtención de los beneficios derivados de la diversidad en la educación uni-

<sup>39</sup> Cfr., entre muchos otros, *Craig vs. Boren*, 429 U.S. 190, 1976; *Reed vs. Reed*, 404 U.S. 71, 1971; *United States vs. Virginia*, 518 U.S. 515, 1996.

<sup>40</sup> Cfr. *Trimble vs. Gordon*, 430 U.S. 762, 1977.

<sup>41</sup> 304 U.S. 144, 152, 1938.

<sup>42</sup> La nota ha sido transcrita *in extenso* más arriba.

<sup>43</sup> Cfr., al respecto, Didier, *El principio de igualdad...*, cit., nota 6, cap. 2, § 4.

<sup>44</sup> Véase, entre otros muchos casos, *EU vs. San Francisco County Democratic Central Comm.*, 489 U.S. 214, 222, 1989.

<sup>45</sup> 323 U.S. 214, 1944.

<sup>46</sup> 539 U.S. 244, 2003.

<sup>47</sup> 539 U.S. 306, 2003.

versitaria constituía un *compelling state interest*. Sin lugar a dudas, no se trata aquí de un fin “urgente”. Puede afirmarse entonces que, si bien en muchos casos se tratara de alcanzar fines urgentes, la regla no es absoluta. En otras palabras, *compelling* implica el grado máximo de trascendencia social de un interés público, pudiendo éste ser urgente o no. Es por ello que no resultan técnicamente acertadas, a la luz de la jurisprudencia norteamericana, las traducciones que suelen emplear la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana —y, particularmente, argentina— al referirse al escrutinio estricto: interés estatal “urgente”, “apremiante” o “impostergable”.

En los 50 años de existencia que lleva el escrutinio estricto, muy pocos fines han sido reconocidos por la Supreme Court estadounidense como *compelling state interests*. Entre ellos están la seguridad nacional, el evitar ataques y agresiones graves en prisiones multirraciales, el remedio de la discriminación pasada (en sentido estricto)<sup>48</sup> y, últimamente, los beneficios derivados de la diversidad. Es ésta una de las razones por las cuales se ha sostenido, como ya se expuso aquí, que este nivel de escrutinio es “estricto en la teoría, pero fatal en la práctica”, sin perjuicio de que, a la luz de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema sobre *affirmative action*, tal afirmación haya perdido parte de su sentido. En primer lugar, en cuanto al test de adecuación, en este tipo de escrutinio el análisis de los medios se presenta en su máximo rigor. Las medidas adoptables por la norma deben ser sustancialmente adecuadas o eficaces para alcanzar el fin.

Por otra parte, en cuanto al análisis de eficiencia, se exige que los medios seleccionados por el legislador deban estar *narrowly tailored* (“confeccionados a medida”). Ello implica que no se aceptan en este nivel de análisis diferenciaciones que tengan los defectos de *overinclusiveness* o de *underinclusiveness*. Suele aplicar aquí la Corte el “test de la alternativa menos discriminatoria”, lo cual equivale a un pleno ejercicio de lo que en el derecho continental, en especial en el derecho constitucional alemán, se conoce como “juicio de necesidad”, una de las dimensiones del principio de razonabilidad. En consecuencia, si el tribunal encuentra que existía una alternativa menos discriminatoria que la adoptada para alcanzar el *compelling state interest* en cuestión, la norma será invalidada. En palabras del tribunal, el escrutinio estricto exige así que “la ley deba perseguir un inte-

<sup>48</sup> En el ámbito de la *affirmative action*, habrá remedio de la discriminación pasada “en sentido estricto” en aquellos casos en que la misma institución que ahora establece una política de favorecimiento de las minorías había observado en el pasado una conducta discriminatoria contra ellas.

rés estatal apremiante mediante los medios menos restrictivos disponibles”.<sup>49</sup> Como se verá a continuación, las categorías a las que se aplica el escrutinio estricto son la raza, el origen nacional y —en principio— la condición de extranjero. Este catálogo de “categorías sospechosas” parece estable, y difícilmente sería ampliado por la Corte. Debe advertirse que, a simple vista, llama la atención que no se considere a la religión como una categoría sospechosa. Sin embargo, esta ausencia tiene una razón de ser. En Estados Unidos los casos que podrían encuadrarse como discriminaciones en función de la religión de las personas, son estudiados bajo la *establishment clause* y la *free exercise clause* de la Primera Enmienda, sin recurrir a los elementos de análisis propios del derecho a la igualdad.

#### 6. Cuadro de las exigencias de los distintos escrutinios

A modo de recapitulación, para facilitar su comprensión y recordación, se presentan aquí en forma de cuadro las exigencias de cada tipo de escrutinio, como han sido descritas en este apartado:

<i>Tipo de escrutinio</i>	<i>Examen del fin legislativo</i>	<i>Admisión de fines hipotéticos y “post hoc”</i>	<i>Juicio de necesidad</i>	<i>Juicio de adecuación</i>	<i>Presunción, carga de la prueba</i>
<i>Rational basis review</i>	Fin legítimo	Sí, excepto en el <i>r.b.r.</i> agravado	No (admisión de <i>overinclusiveness</i> )	Relación razonable (admisión de <i>underinclusiveness</i> )	Presunción de constitucionalidad
Escrutinio intermedio	Fin estatal importante	No	Nulo o diluido	Relación sustancial	Presunción de inconstitucionalidad
Escrutinio estricto	<i>Compelling state interest</i>	No	Sí, exigencia de <i>narrowly tailored</i>	Sí	Presunción de inconstitucionalidad

<sup>49</sup> *Bernal vs. Fainter*, 467 U.S. 216, 219, 1984.

### III. LAS “CATEGORÍAS SOSPECHOSAS” Y OTROS SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ESCRUTINIO ESTRICTO EN LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

#### 1. *Distinciones fundadas en la extranjería*

En ciertos supuestos, las diferenciaciones basadas en el carácter de extranjero son sometidas al *rational basis review*. Se trata, como ya se anticipó, de los siguientes casos: a) cuando la norma que establece la distinción es de carácter federal, puesto que se entiende que el Congreso Nacional, a diferencia de los estados federados, tiene la “plena autoridad para regular las condiciones de ingreso y residencia de los extranjeros”;<sup>50</sup> b) la distinción se refiere a “extranjeros ilegales o indocumentados”, puesto que tal condición no es inmutable, sino voluntaria;<sup>51</sup> o c) se encuentran involucradas cuestiones relativas al autogobierno y al proceso democrático.<sup>52</sup>

En todos los restantes casos, deberá aplicarse no el *rational basis review*, y ni siquiera el escrutinio intermedio, sino directamente el escrutinio estricto.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Cfr., *Mathew vs. Diaz*, 426 U.S. 67, 81, 1976.

<sup>51</sup> Cfr., *Plyler vs. Doe*, 457 U.S. 202, 1982.

<sup>52</sup> En el caso *Sugarman vs. Dougall*, 413 US 634, 1973, la Corte sostuvo que, cuando se distinga por la condición de extranjero en materias estrechamente vinculadas con el autogobierno o con el proceso democrático, los tribunales deberán ser más deferentes en su escrutinio, dado que cabe presumir que existen razones válidas para efectuar esta diferenciación. Así, la excepción *Sugarman* fue invocada para legitimar la exclusión de extranjeros de los jurados o la denegación del derecho al voto en elecciones estatales. Esta excepción, para algunos, ha sido expandida por la Corte más allá de sus límites razonables; véase, en este sentido, la disidencia del juez Blackmun en *Cabell vs. Chavez-Salido*, 454 U.S. 432, 447-463, 1982.

<sup>53</sup> Cfr., *Graham vs. Department of Pub. Welfare*, 403 U.S. 365, 1971. En este caso se declaró la inconstitucionalidad de una norma estatal por la que se denegaba el goce de ciertos subsidios a los residentes extranjeros. De este modo, la Corte se apartó de su tradicional doctrina según la cual “todo lo que constituya el otorgamiento de un beneficio, y no el reconocimiento de un derecho, puede condicionarse a la condición de ciudadano”. La Corte consideró en este caso que, cuando se clasifique con base en una “categoría sospechosa”—en *Graham*, la extranjería— resulta irrelevante determinar si se trata de un beneficio o de un derecho. Los estados de Arizona y Pennsylvania sostenían como fin de sus normas estatales impugnadas el dar prioridad a los ciudadanos por sobre los residentes extranjeros en la distribución de los limitados recursos públicos destinados a los programas de asistencia. La Corte no encontró aquí un *compelling state interest*, y recordó que las diferenciaciones establecidas con base en la extranjería por los estados locales estarán sujetas a la más fuerte presunción de inconstitucionalidad. Cfr., *ibidem*, 370-383.

## 2. Distinciones fundadas en el origen nacional y la raza

La Corte norteamericana ha dicho que, tanto las clasificaciones basadas en el origen nacional, como las fundadas en la raza, son acreedoras del “escrutinio estricto”.<sup>54</sup> Debe observarse que las clasificaciones basadas en el origen nacional no deben confundirse con las distinciones por extranjería; en aquéllas se trata de casos en donde se individualiza un determinado origen nacional, más allá de la ciudadanía real y actual (por ejemplo, “los irlandeses”, para denominar los descendientes de padres nacidos en Irlanda), mientras que en las segundas se trata de la ciudadanía real, que no es estadounidense, más allá de la raza o del origen nacional, que podrían ser raza blanca y origen estadounidense.

Merece la pena señalar que, desde 1944, en *Korematsu vs. United States*,<sup>55</sup> no se ha aceptado la constitucionalidad de ninguna norma que utilizara la raza como criterio de diferenciación (en el caso, concomitante con el origen nacional), sin perjuicio de los recientes casos de *affirmative action*, donde se declaró la constitucionalidad de medidas que se basaban en la raza como elemento para realizar “diferenciaciones benignas”.

Así, por citar tan sólo un ejemplo de muchas resoluciones invalidando leyes en casos concretos, en *Loving vs. Virginia*<sup>56</sup> se declaró inconstitucional una ley estadual que prohibía el matrimonio interracial. Naturalmente, la Corte —entre otras consideraciones— afirmó que “preservar la integridad racial” no era un *compelling state interest*. Por último, es llamativo y

<sup>54</sup> Resulta curioso que, en el primer caso en donde se hizo aplicación de este exigente tipo de análisis por motivos de origen nacional o raza —recordamos, para algunos, “fatal en la práctica”—, la norma en cuestión haya sido declarada constitucional, y nada menos que por el juez Black. Se trata del caso *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214, 1944, en donde, en el curso de la segunda guerra mundial, se declaró constitucional un decreto por el cual se expulsaba de la costa oeste del país a las personas de origen japonés, fueran o no ciudadanos estadounidenses. La Corte comenzó afirmando que, como la clasificación se basaba en una categoría sospechosa, debía aplicarse un escrutinio estricto. El fin de la norma era evitar posibles actividades de espionaje, teniendo en cuenta que el país, en ese entonces, se encontraba en pleno enfrentamiento bélico con Japón. El tribunal consideró que existía aquí un *compelling state interest*. No obstante, la Corte no llevó a cabo un análisis de la necesidad de los medios, declarando, sin más, la constitucionalidad de la norma. Esto motivó la crítica prácticamente unánime de la doctrina, en el sentido de que el decreto en cuestión era claramente *overinclusive*, no pudiendo superar nunca un “escrutinio estricto”.

<sup>55</sup> 323 U.S. 214, 1944.

<sup>56</sup> 388 U.S. 1, 1967.

merece destacarse que, en *Brown vs. Board of Education*,<sup>57</sup> sobre segregación racial en las escuelas, caso que probablemente sea el más trascendente de la Corte norteamericana en materia de derecho a la igualdad, no se hizo referencia alguna al sistema de escrutinios.

En la actualidad, los principales problemas de distinciones fundadas en la raza se presentan en el campo de las *affirmative actions*. Por el contrario, resulta impensable que, hoy día, sea dictada en Estados Unidos una norma que consagre *on its face* una distinción perjudicial para los afroamericanos, como infortunadamente fue corriente en el pasado.

### 3. *Distinciones que inciden “directa y sustancialmente” en el goce de un derecho fundamental*

Además de los casos de categorías de personas, toda distinción o diferencia prevista en una norma general que interfiera “directa y sustancialmente” en el goce de un derecho fundamental por parte de cierto grupo de personas, será sometida al escrutinio estricto. La Corte estadounidense entiende por “derechos fundamentales” y protegidos por la garantía de la igual protección, a algunos de los derechos constitucionales. Entre ellos —la lista no es cerrada ni exhaustiva— se encuentran las llamadas “libertades preferidas” —las libertades de expresión, asociación y asamblea y el derecho a la privacidad—, el derecho a votar, el derecho a la libertad ambulatoria y el derecho al acceso a la justicia contra privaciones gubernamentales de la vida, la libertad o la propiedad.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> 347 U.S. 483, 1954.

<sup>58</sup> *Cfr.*, Tribe, *American Constitutional Law*, *cit.*, nota 19, pp. 1458-1465; Nowak, John E. y Rotunda, Ronald D., *Constitutional Law*, 6a. ed., St. Paul, Minn., West Group, 2000, pp. 435 y 437. En cambio, se ha entendido que no tiene carácter de fundamental el derecho a la educación: *cfr.*, el ya citado *San Antonio School District vs. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 1973. Sin embargo, en el ámbito interamericano, pueden encontrarse fundamentos normativos expresos para afirmar el carácter fundamental de este derecho.

#### IV. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

##### 1. *Las normas que recogen el derecho a la igualdad*

En primer lugar, hay que tener presente la normativa que regula el derecho a la igualdad en el sistema interamericano. Dicho derecho se encuentra expresamente reconocido en las siguientes normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969):

1.1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.<sup>59</sup>

En la misma línea que la Convención, el artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Merecen también ser mencionadas las disposiciones del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, en las cuales puede notarse un gran paralelismo con lo dispuesto en el Pacto de San José de Costa Rica. Dichas normas estipulan:

“2.1. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

“26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>60</sup> Paralela a la norma de la Declaración Americana, se encuentra la correlativa de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), dictada unos meses después que aquella, que señala: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier

## 2. *El derecho a la igualdad como reflejo de la común dignidad de la naturaleza humana*

Como se indicó al principio de este trabajo, transcribiendo literalmente el párrafo donde lo señala, para la Corte Interamericana ese derecho a la igualdad y a la no discriminación recogido en la Convención tiene fundamento directo en la unidad de naturaleza del hombre y es inseparable de su dignidad esencial, frente a lo cual es intolerable toda situación que considere superior, distinto o separado a determinado grupo, lo que lleve a privilegiarlo en el trato o que, al revés, considere inferior o trate con hostilidad, o de cualquier forma discrimine en el goce de los derechos a los que, por algún motivo, se considere en situación de inferioridad, ya que no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.<sup>61</sup> Asimismo, la Corte ha señalado:

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados, al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”.<sup>62</sup>

En cumplimiento de dicha obligación [de respeto al principio de igualdad], los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discrimi-

otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

<sup>61</sup> Corte I.D.H., “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, opinión consultiva, OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, serie A núm. 17, pfo. 45; “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, opinión consultiva, OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A núm. 4, pfo. 55; y “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A núm. 18, pfo. 87.

<sup>62</sup> *Cfr.*, Corte I.D.H., “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A núm. 18, pfo. 83. La Corte cita allí su jurisprudencia en “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, opinión consultiva, OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A núm. 4, pfo. 54.

minación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.<sup>63</sup>

### 3. *El derecho a la igualdad como principio del jus cogens*

Lo expuesto al final del epígrafe anterior es tan vital para la Corte, que dicho tribunal no ha vacilado en considerar al derecho a la igualdad, o al principio de igualdad y no discriminación, como suele llamarle, en cuanto derecho humano que configura, además, un principio de *jus cogens*, es decir, derecho internacional imperativo, aplicable a todo Estado, sea o no parte en determinado convenio internacional, generando efectos y derechos para sus ciudadanos y para terceros, por lo cual el Estado debe respetarlos y garantizarlos y “no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas”.<sup>64</sup> Sobre estas bases, la Corte Interamericana ha señalado:

Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> *Cfr.*, Corte I.D.H., “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A núm. 18, pfo. 103.

<sup>64</sup> *Ibidem*, 18, pfos. 82-88, 97-101 y 110, y en esp. 100; Caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, serie C núm. 127, pfo. 184.

<sup>65</sup> *Cfr.*, *ibidem*, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, serie C núm. 127, pfo. 185. Cita allí, en su apoyo, sus opiniones consultivas “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A núm. 18, pfo. 88; “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, opinión consultiva, OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, serie A núm. 17, pfo. 44; y “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, opinión consultiva, OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A núm. 4, pfo. 54.

Debe señalarse, asimismo, que la idea del principio de igualdad y no discriminación como *jus cogens* fue defendida también, de modo expreso, por la Comisión Interamericana.<sup>66</sup>

#### 4. *La igualdad como derecho que protege derechos*

Antes de pasar al análisis de los estándares que utilizan la Corte y la Comisión interamericanas de derechos humanos, conviene hacer notar que el derecho a la igualdad y su indisoluble corolario, la prohibición de discriminación, “miran” constantemente hacia otros derechos. En efecto, cuando el Estado dispone un tratamiento desigual injustificado, no sólo se ve resentido el derecho a la igualdad de un grupo de personas, sino que éstas también ven desconocido algún otro derecho. Cabe recordar, en este sentido, que la Corte Interamericana ha manifestado, ya desde sus primeros casos contenciosos, lo siguiente:

[El artículo 1.1] contiene la obligación contraída por los Estados partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención.<sup>67</sup>

La Corte ha vuelto a sostener esta idea, en una opinión consultiva, del modo siguiente:

Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación ge-

<sup>66</sup> *Cfr.* “Comisión I. D. H., Observaciones escritas y orales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la opinión consultiva, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos”, transcritas en 4 pp. en Corte I. D. H., “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A núm. 18, pfo. 47.

<sup>67</sup> *Cfr.* *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C núm. 4, pfo. 162; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, serie C núm. 5, pfo. 171.

neral de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.<sup>68</sup>

En este mismo sentido, se ha sostenido que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, fuente de la Convención Americana, “el derecho a no ser discriminado no es un derecho primario como el derecho a la libertad religiosa, a la seguridad del domicilio y demás posesiones, o como las garantías del proceso. En realidad, la Convención garantiza la no discriminación *en el goce de estos derechos*”.<sup>69</sup>

La misma idea puede verse receptada por la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, que ha sostenido que el derecho a la igualdad protege en cuanto al “disfrute por igual de los derechos disponibles para todos los demás ciudadanos”, y que ese derecho es también importante porque su falta “afecta la capacidad del individuo de disfrutar de muchos otros derechos”.<sup>70</sup>

#### V. LOS ESTÁNDARES UTILIZADOS POR LA COMISIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANAS PARA JUZGAR VIOLACIONES A LA IGUALDAD Y SU COMPARACIÓN CON EL “ESCRUTINIO ESTRINGIDO” ESTADOUNIDENSE

Se han analizado ya el sistema de escrutinios y, en particular, el escrutinio estringido en el derecho estadounidense. Lo propio se ha hecho con los lineamientos generales de las normas relativas al principio de igualdad en el Convenio Americano sobre Derechos Humanos y de la alta consideración que la doctrina de la Corte Interamericana tiene del derecho a la igualdad. A continuación se ofrece el punto más central de este trabajo, consistente en presentar algunos desarrollos y herramientas de análisis de la doctrina de los órganos del sistema interamericano —tanto sentencias y opiniones

<sup>68</sup> *Cfr.* “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A núm. 18, pfo. 85. *Cfr.* también pfos. 95, 96 y 106.

<sup>69</sup> *Cfr.*, Provine, D. M., “How Rights Evolve: The Case of Non-Discrimination in the European Court on Human Rights”, cap. 6 de Volcansek, M. y Stack, J. F. (eds.), *Courts Crossing Borders: Blurring the Lines of Sovereignty*, Durham, Carolina Academic Press, 2005, pp. 85-104 (el destacado nos pertenece).

<sup>70</sup> *Cfr.* African Commission of Human and Peoples’ Rights, *Communication No. 211/98 - Legal Resources Foundation vs. Zambia*, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, del 23 de abril al 7 de mayo de 2001, para. 63.

consultivas de la Corte, como decisiones y documentos de la Comisión— que, como se verá, ostentan estrechos puntos de contacto con los elementos fundamentales del *strict scrutiny*.

### 1. *Presunción de incompatibilidad con el Convenio y presunción de inconstitucionalidad*

Al igual que sucede en Estados Unidos en el ámbito del escrutinio estricto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha señalado, con toda claridad, que al tratarse de impugnaciones de decisiones gubernamentales relativas al principio a la igualdad en el goce de derechos humanos, se debe presumir la ilegitimidad de la norma o acto estatal que establece la diferenciación, recayendo sobre el Estado que estableció la norma todo el peso de la carga de la prueba sobre la razonabilidad, indispensabilidad y necesidad de la medida. Dejemos que la propia Comisión lo diga:

El principio de no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones. Las distinciones basadas en el género, la raza, la religión, el origen nacional, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales. Con respecto a estas categorías, cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de beneficios o privilegios *debe estar cuidadosamente justificada* en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad, “que además no pueda satisfacerse por medios no discriminatorios”... Con el fin de resaltar la importancia del principio de igualdad y no discriminación, los tratados de derechos humanos establecen expresamente ese principio en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos. El artículo 8.1 de la Convención Americana debe ser mencionado por su particular relevancia para la presente solicitud de opinión consultiva. La igualdad es un elemento esencial del debido proceso. Cualquier distinción basada en alguno de los supuestos señalados en el artículo 1o. de la Convención Americana conlleva “una *fuerte presunción de incompatibilidad* con el tratado”... *El Estado tiene la carga de probar* que es “permisible” restringir o excluir la aplicación de alguna disposición del instrumento internacional a una clase determinada de personas, como los extranjeros. La “condición migratoria jamás puede servir para excluir a las per-

sonas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos”.<sup>71</sup>

Como podrá apreciarse, la similitud con la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos llega incluso a que, acompañando estas consideraciones, la Comisión Interamericana ha receptado el sintagma “escrutinio estricto”. Así, la Comisión ha manifestado que:

Como ya se indicó, las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están sujetas a un *grado de escrutinio especialmente estricto*, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción.<sup>72</sup>

Sin lugar a dudas, esta coincidencia terminológica revela que los puntos de contacto que en este trabajo se ponen de manifiesto no son fruto de meras casualidades, sino que encuentran su explicación en una real influencia de la jurisprudencia norteamericana sobre igualdad en el ámbito interamericano.

## 2. *El interés público imperioso y el compelling state interest*

En lo que respecta a la relevancia de la finalidad que debe perseguir la ley que realiza distingos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido reiteradamente que toda diferenciación efectuada por una ley debe tener necesariamente una “justificación objetiva y razonable”, pues de lo contrario viola el derecho humano a la igualdad y debe ser considerada discriminatoria.<sup>73</sup> Al tomar esta postura la Corte ha

<sup>71</sup> Cfr., Comisión I. D. H., *Informe 38/96, Caso 10.506, Informe Anual 1996*, pfo. 58. Véase también *Observaciones escritas y orales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Opinión Consultiva solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*, transcritas en 4 pp. en Corte I. D. H., “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A núm. 18, pfo. 47.

<sup>72</sup> Comisión I.D.H., *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, original: inglés, pfo. 338.

<sup>73</sup> Cfr., Corte I.D.H., “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, opinión consultiva, OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A núm. 4, pfo. 56, y voto separado del juez Piza Escalante, pfo. 12; “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva, OC-18/03 del

seguido, con cita expresa, diversas decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, donde este tribunal exigió también dicha justificación.<sup>74</sup>

La misma idea puede encontrarse en el Comité de Derechos Humanos de la ONU.<sup>75</sup> La propia Corte Interamericana se ha referido a este estándar de la “justificación objetiva y razonable” afirmando que la distinción, para ser aceptable, debe “orientarse legítimamente”, es decir, no conducir a “situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”, de modo tal que habrá discriminación siempre que la diferencia de tratamiento que el Estado realiza frente al individuo parta de supuestos de hecho similares y no exprese de modo proporcionado una conexión fundamentada entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia y de la razón, es decir, “no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos”.<sup>76</sup>

Para entender cuándo hay una justificación objetiva y razonable, la Corte Interamericana ha seguido el criterio postulado por la Corte Europea de Derechos Humanos, según la cual:

Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14 [del Convenio Europeo]. Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe

17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, pfs. 89 y ss. y 105; y, más recientemente, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127, pfs. 185 y 218, entre otros precedentes.

<sup>74</sup> *Cfr.*, Eur. Court H. R., *Case of Willis vs. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, Reports 2002-IV, para. 39; *Case of Wessels-Bergervoet vs. The Netherlands*, Judgment of 4th June, 2002, Reports 2002-IV, para. 46; *Case of Petrovic vs. Austria*, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” vs. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, series A 1968, para. 10.

<sup>75</sup> Véase ONU, Comité de Derechos Humanos, *Joseph Frank Adam c. República checa*, (586/1994), dictamen de 25 de julio de 1996, pfo. 12.4.

<sup>76</sup> *Cfr.*, Corte I. D. H., “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, opinión consultiva, OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, pfo. 57; “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, pfo. 47; y “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, pfo. 91.

evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo.<sup>77</sup>

Hasta aquí, la Corte Interamericana parece recoger tan sólo el criterio del “fin legítimo”, o interés legítimo, propio del *rational basis review* en el sistema norteamericano. Y hay más resoluciones de la Corte, y documentos de la Comisión, en el mismo sentido, como pueden verse en el epígrafe anterior y en los siguientes. Sin embargo, en un reciente pronunciamiento, la Corte adoptó un estándar que guarda una sorprendente similitud con el *compelling state interest* de la jurisprudencia norteamericana. En efecto, en el caso *Yatama* —en donde por primera vez se declaró una violación al derecho a la igualdad en un caso contencioso—, la Corte dijo lo siguiente:

La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por Yatama una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (*supra* párr. 205) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000. El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a *un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo*. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran Yatama.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> Eur. Court H. R., *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” vs. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, series A 1968, para. 10. La Corte Interamericana transcribe, aprobatoriamente, este párrafo en la opinión consultiva “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, pfo. 90.

<sup>78</sup> Corte I. D. H., *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127, pfo. 218.

Del mismo modo, la Comisión Interamericana, encolumnándose también de modo claro tras la doctrina norteamericana del *compelling state interest*, tiene dicho que:

Los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos son susceptibles de una reglamentación razonable y el ejercicio de algunos puede ser objeto de restricciones legítimas. El establecimiento de tales restricciones debe respetar los correspondientes límites formales y sustantivos, es decir, realizarse por medio de una ley y *satisfacer un interés público imperativo*. No se pueden imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se pueden aplicar aquéllas de manera discriminatoria.<sup>79</sup>

En esta misma línea de pensamiento —y aunque no referido específicamente al derecho a la igualdad, sino a las regulaciones de los derechos en general, y con una teoría de los derechos y una metodología de interpretación de los mismos conflictivista, que no compartimos—<sup>80</sup> la Comisión ha sostenido que:

Para que haya congruencia con la Convención, las restricciones deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, *no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno*.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Cfr., Comisión I. D. H., Observaciones escritas y orales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la opinión consultiva solicitada por los Estados Unidos Mexicanos”, transcritas en 4 pp. en Corte I. D. H., “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, pfo. 47.

<sup>80</sup> Sobre las críticas que podríamos hacerse a esa metodología, véase las referencias citadas *supra*, nota 2.

<sup>81</sup> Comisión I. D. H., *Informe 38/96, Caso 10.506, Informe Anual 1996*, pfo. 58.

### 3. *La indagación del fin real de la norma*

La Corte Suprema estadounidense ha afirmado que “cuando haya prueba de que un propósito discriminatorio fue un factor motivante en la decisión [del Poder Legislativo], la deferencia [del Judicial hacia el Legislativo] ya no es exigida”.<sup>82</sup> El juez que revisa la ley deberá tener en cuenta, por tanto, cuáles fueron los verdaderos propósitos que impulsaron la diferenciación, a fin de verificar que no se haya tratado de una animosidad hacia unas personas determinadas. Tiene dicho también la jurisprudencia norteamericana que el verdadero propósito de la diferenciación debe inferirse “de la totalidad de los hechos relevantes”<sup>83</sup> y que la búsqueda de una intención discriminatoria “demanda una intensa indagación en la evidencia circunstancial y directa”.<sup>84</sup> Si bien en una afirmación de un voto separado, un criterio análogo también puede hallarse expresamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: “Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hecho y de derecho que caractericen la vida de la sociedad en el Estado que, en calidad de parte contratante, responde de la medida impugnada”.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> *Village of Arlington Heights vs. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 266, 1977. Pueden consultarse otros dos *leading cases* en donde se dispuso que una ley era inconstitucional luego de verificar que detrás de las justificaciones alegadas por el Estado, se escondía en realidad un propósito discriminatorio: *U.S. Department of Agriculture vs. Moreno*, 413 US 528, 1973, y *City of Cleburne vs. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 1985.

<sup>83</sup> *Washington vs. Davis*, 426 U.S. 229, 242, 1976.

<sup>84</sup> *Village of Arlington Heights vs. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 266, 1977. En este precedente ofrece la Corte estadounidense una serie de indicios que —apreciados en su conjunto— podrán ayudar a inferir la existencia de una intención discriminatoria (los llamados *Arlington Heights factors*). Ellos son: a) el impacto o efecto discriminatorio de la norma; b) los antecedentes históricos de la norma, prestando especial atención a otras normas anteriores emanadas de la misma autoridad que puedan revelar un propósito discriminatorio; c) la secuencia específica de eventos que desembocaron en el dictado de la norma; d) el hecho de que haya habido un apartamiento del procedimiento ordinario de sanción previsto para la norma; e) la historia legislativa o administrativa, especialmente las afirmaciones vertidas por miembros del órgano del que emana la norma.

<sup>85</sup> Corte I. D. H., “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, opinión consultiva, OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, voto separado del juez Rodolfo E. Piza Escalante, pfo. 10.

#### 4. *El juicio de necesidad de los medios y el “test de la alternativa menos discriminatoria”*

Se vio ya que la Corte Suprema estadounidense ha establecido que en el escrutinio estricto debe realizarse el test de la alternativa menos discriminatoria. De manera análoga, la Corte Interamericana ha sentado el principio general de que “entre varias opciones para alcanzar... [un] objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”.<sup>86</sup> Aplicando esta pauta general al ámbito del derecho a la igualdad, la Comisión Interamericana ha podido afirmar que “cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de beneficios o privilegios *debe estar cuidadosamente justificada* en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad, «que además no pueda satisfacerse por medios no discriminatorios»...”.<sup>87</sup>

#### 5. *Diferencia de tratamiento y justificación objetiva y razonable para distinguir, en comparación con overinclusiveness y underinclusiveness*

Como ya se ha visto, la Corte Suprema estadounidense tiene dicho que, en materia del derecho a la igualdad, una diferenciación sometida al escrutinio estricto no podrá pasar dicho test si se comprueba que es *overinclusive* o *underinclusive*, es decir, si incluye personas o casos que debió dejar fuera, porque sobre ellos no se verifica el interés estatal imperioso, o si, por el contrario, deja afuera de la distinción otros casos que deberían entrar en la misma, teniendo en cuenta cuál ha sido el fundamento alegado para la diferenciación. Cabe preguntarse si tales exigencias se verifican en la doctrina de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Para dar respuesta a esto, vamos a repasar, rápidamente, algunas afirmaciones trascendentales de la Corte y la Comisión Interamericanas.

<sup>86</sup> Corte I.D.H., “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)”, opinión consultiva, OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, pfo. 5.

<sup>87</sup> Comisión I.D.H., *Informe 38/96, Caso 10.506*, Informe Anual 1996, pfo. 58. *Cfr.*, también “Observaciones escritas y orales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Opinión Consultiva solicitada por los Estados Unidos Mexicanos”, transcritas en 4 pp. en Corte I.D.H., “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm.18, pfo. 47.

Como hemos visto, la Corte Interamericana en diversos pronunciamientos ha exigido, de modo consistente, que es discriminatoria y contraria al derecho a la igualdad una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.<sup>88</sup> La Corte ha agregado sobre dicho estándar que la distinción, para ser aceptable, debe “orientarse legítimamente”, es decir, no conducir a “situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”, de modo tal que habrá discriminación siembre que la diferencia de tratamiento que el Estado realiza frente al individuo parta de supuestos de hecho similares y no exprese de modo proporcionado una conexión fundamentada entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia y de la razón, es decir, “no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos”.<sup>89</sup>

Más aún, como se ha observado, la Corte ha subido incluso dicho estándar de la “justificación objetiva y razonable”, exigiendo, para que el Estado pueda legítimamente disponer una distinción, que justifique que persigue “un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo”.<sup>90</sup> En la misma línea de exigir un *compelling state interest*, la Comisión Interamericana ha expresado, con frase adscrita a la metodología conflictivista de interpretación de los derechos, que para que una restricción a los mismos sea legítima ella debe “satisfacer un interés público imperativo”, y que “no se pueden imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se pueden aplicar aquéllas de manera discriminatoria”.<sup>91</sup> Asimismo, dicho órgano del sistema interamericano ha decidido

<sup>88</sup> *Cfr.*, Corte I. D. H., “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, opinión consultiva, OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, pfo. 56, y voto separado del juez Piza Escalante, pfo. 12; “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, opinión consultiva, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, pfos. 89-91 y 105; y, más recientemente, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127, pfos. 185 y 218, entre otros precedentes.

<sup>89</sup> *Cfr.*, Corte I. D. H., “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, *cit.*, nota previa, pfo. 57; “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, opinión consultiva, OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, pfo. 47; y “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *cit.*, nota previa, pfo. 91.

<sup>90</sup> Corte I.D.H., *Caso Yatama vs. Nicaragua*, *cit.*, nota 88, pfo. 218.

<sup>91</sup> *Cfr.*, Comisión I.D.H., “Observaciones escritas y orales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Opinión Consultiva solicitada por los Estados Unidos Mexicanos”, trascritas en 4 pp. en Corte I. D. H., “Condición jurídica y derechos de los mi-

que, para aceptar alguna distinción basada en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, “los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción”.<sup>92</sup>

Con relación a la *overinclusiveness*, puede decirse que, en virtud de lo anterior, si hace falta una justificación objetiva y razonable para realizar una distinción o, más aún, un interés estatal imperioso para hacerlo, no se advierte cuál sea esa justificación o ese interés cuando se incluye en una regulación, de modo sobrecomprensivo, a personas para las cuales no hay justificación en ser incluidas. De este modo, ellas resultan discriminadas con relación a las que no se les ha incluido en la normativa segregadora, dado que no se diferencian sustancialmente a la luz de la finalidad de la norma que realiza la distinción, y esta distinción sin fundamento viola el principio de igualdad, como queda de manifiesto a la luz de los párrafos anteriores.

En cuanto a la *underinclusiveness*, sirve el mismo razonamiento del párrafo anterior: se viola el derecho a la igualdad y a la no discriminación, porque situaciones iguales, que debieron estar ambas incluidas en la norma si el legislador realmente quisiera o necesitara el fin que dice perseguir, se han tratado de modo diferente, dejando a algunas personas en situación de privilegio, al excluirlas de la regulación. Para reafirmar esto, además de la doctrina resumida en los párrafos anteriores, debe tenerse en cuenta esta afirmación de la Corte Interamericana en materia de igualdad:

No puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma.<sup>93</sup>

grantes indocumentados”, *cit.*, nota 88, pfo. 47. Véase también, en sentido similar, Comisión I. D. H., *Informe 38/96, Caso 10.506, Informe Anual 1996*, pfo. 58.

<sup>92</sup> Comisión I. D. H., *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, Original: Inglés, pfo. 338.

<sup>93</sup> Corte I.D.H., “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, opinión consultiva, OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, pfo. 57; y “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, opinión consultiva, OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, pfo. 47.

Idéntica exigencia utiliza la Comisión Interamericana, quien la ha demandado expresamente: existe una discriminación siempre que “hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares”.<sup>94</sup> Como puede verse, *a contrario sensu*, la Corte y la Comisión interamericanas considerarían claramente discriminatorios aquellos casos en donde se establezcan diferencias entre supuestos que —a la luz de los objetivos de la norma— son “sustancialmente equivalentes”.

#### 6. *Exigibilidad de un estándar exigente, categorías sospechosas y otros supuestos de escrutinio estricto*

Como se explicó al tratar la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, determinadas categorías de personas o de situaciones son consideradas sospechosas, o cuasisospechosas, ameritando, en consecuencia, la aplicación del escrutinio estricto o del escrutinio intermedio, respectivamente, e impidiéndose así la utilización del *rational basis review*.

Cabe preguntarse, al respecto, si en la doctrina de los órganos interamericanos de derechos humanos puede encontrarse ideas similares, de modo tal que, en presencia de dicha categoría de personas o situaciones segregadas, se active la máxima exigencia en los estándares para juzgar si la norma es o no compatible con las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al hacernos esta pregunta, nuevamente, no vamos a realizar un juicio de valor aprobatorio o descalificatorio del resultado que la misma arroje, sino que meramente tenemos una intención de constatar si se da, en el sistema interamericano, lo que ocurre en la jurisprudencia estadounidense.

La Comisión Interamericana expresamente ha sostenido que, las distintas categorías enunciadas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y en especial por la Convención, son categorías a desechar, y que en presencia de las mismas hay que activar las más altas exigencias de análisis de las normas impugnadas. Éstas son sus palabras:

Las distinciones basadas en el género, la raza, la religión, el origen nacional, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales. Con respecto a estas categorías, cualquier distinción que hagan los

<sup>94</sup> Comisión I.D.H., *Informe N° 73/00, Caso 11.784, Caso Marcelino Hanríquez y otros c/ Argentina*, 3 de octubre de 2000, pfo. 37.

Estados en la aplicación de beneficios o privilegios *debe estar cuidadosamente justificada* en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad, “que además no pueda satisfacerse por medios no discriminatorios”...

Cualquier distinción basada en alguno de los supuestos señalados en el artículo 1o. de la Convención Americana conlleva “una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado”...

*El Estado tiene la carga de probar* que es “permisible” restringir o excluir la aplicación de alguna disposición del instrumento internacional a una clase determinada de personas, como los extranjeros. La “condición migratoria” jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>95</sup>

La Comisión Interamericana también ha manifestado:

Como ya se indicó, las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están sujetas a *un grado de escrutinio especialmente estricto*, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción.<sup>96</sup>

De lo anterior se deduce que, las categorías mencionadas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, y que se reproducen en otros instrumentos internacionales —“raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”— son “sospechosas” para la Comisión, y merecen que la norma que las incluya sea vista con un detenimiento y exigencias particulares, es decir, que se le aplique el escrutinio estricto.<sup>97</sup> Ahora bien, aunque la discusión de la cuestión escape al objeto del presente trabajo, cabe dejar planteadas algunas dudas respecto de este último punto: ¿acaso un catálogo amplio de categorías sospechosas no derivará en la desnaturalización del escrutinio estricto como herramienta

<sup>95</sup> Cfr., Comisión I. D. H., *Informe 38/96, Caso 10.506, Informe Anual 1996*, pfo. 58.

<sup>96</sup> Comisión I.D.H., *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, Original: Inglés, pfo. 338.

<sup>97</sup> En sentido coincidente con esta constatación relativa a las categorías mencionadas en los instrumentos internacionales, cfr., Gullco, Hernán V., “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, publicado en <http://islandia.law.yale.edu/sela/gullcos.pdf>, en esp. p. 20.; Treacy, Guillermo F., “La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros”, *Jurisprudencia Argentina*, 2006-IV, p. 603.

de análisis? ¿todas y cada una de las categorías incluidas en la Convención deben ser igualmente consideradas sospechosas? ¿resulta razonable sostener que las clasificaciones basadas en la raza deben ser miradas con igual desconfianza por los jueces que todos los casos de distinciones fundadas, por ejemplo, en el sexo? Cuando menos, creemos que este problema merece una especial reflexión.<sup>98</sup>

Por último, cabe preguntarse si, como ocurre en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, las distinciones que se aplican al ejercicio de determinados derechos, considerados fundamentales, activan la utilización del escrutinio estricto. Sobre el punto, tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana se han referido a las “distinciones que afectan derechos fundamentales”. La Comisión, concretamente, se ha pronunciado de modo bastante claro en favor de la aplicación de un escrutinio estricto en este tipo de casos, donde la diferenciación incide en el goce de derechos fundamentales, que en los hechos se asimila a la propuesta estadounidense. Éstas son sus palabras: “Las diferencias que se establezcan en relación con el respeto y la garantía de los derechos fundamentales básicos deben ser de aplicación restrictiva y respetar las condiciones señaladas en la Convención Americana”.<sup>99</sup> Debe manifestarse, empero, que en el sistema interamericano el concepto de derechos fundamentales es igual al de derechos humanos, o al de derechos receptados en la Convención, incluyendo, por ejemplo, el derecho a la educación. El concepto de *fundamental rights* estadounidense es, como ya se explicó, más restringido, e incluye sólo a algunos de los derechos consagrados en la Constitución.

### 7. Síntesis de las exigencias

Aunque no comprende todos los elementos que se han estado estudiando en este apartado, vale la pena incluir aquí el resumen que la propia Comisión Interamericana, condensando los distintos elementos que deben

<sup>98</sup> Este problema ha sido percibido en la doctrina argentina por Schwartzman, Sebastián, “¿Debe ser la edad considerada una categoría sospechosa?”, *La Ley*, 2002-F, p. 455, aunque la edad, en concreto, no está mencionada en la Convención Americana de Derechos Humanos ni en los otros instrumentos relevantes.

<sup>99</sup> *Cfr.*, Comisión I. D. H., “Observaciones escritas y orales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Opinión Consultiva solicitada por los Estados Unidos Mexicanos”, transcritas en 4 pp. en Corte I. D. H., “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *cit.*, nota 88, pfo. 47.

analizarse para juzgar si un acto o norma estatal ha violado o no el derecho a la igualdad, ha propuesto como test de legitimidad o adecuación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Se requiere de un examen detallado de los siguientes factores: 1) contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos.<sup>100</sup>

Con anterioridad la Comisión había resumido esas mismas ideas de la siguiente forma:

De acuerdo con lo dicho, una distinción implica discriminación cuando: a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue.<sup>101</sup>

## VI. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, corresponde realizar algunas consideraciones finales que sirvan de colofón a este ya largo desarrollo. En primer lugar, corresponde señalar que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido un sistema en cascada de análisis de las normas que realizan distinciones, en aras de proteger el derecho a la igualdad, yendo desde un examen leve a uno muy riguroso de la disposición impugnada. La Corte y la Comisión interamericanas, de un modo u otro, y sin mencionarlos expresamente por su origen, o aun de modo no consciente, han ido recogiendo

<sup>100</sup> Comisión I. D. H., “Observaciones escritas y orales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Opinión Consultiva solicitada por los Estados Unidos Mexicanos”, transcritas en 4 pp. en Corte I. D. H., “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *cit.*, nota 88, pfo. 47.

<sup>101</sup> Comisión I. D. H., *Informe N° 73/00, Caso 11.784, Caso Marcelino Hanríquez y otros c/ Argentina*, 3 de octubre de 2000, párr. 37.

una parte importante de estos elementos de la jurisprudencia norteamericana, y en especial han considerado que, con relación a las categorías enunciadas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben aplicarse, en definitiva, las herramientas de análisis del escrutinio estricto. Esto tiene muchas consecuencias, y la jurisprudencia estadounidense quizás siga brindando elementos que vayan enriqueciendo el análisis de los órganos de la Convención.

Lo anterior implica, en concreto, que para los órganos del sistema interamericano las excepciones en el uso y goce de un derecho previstas por una ley que sean relativas a categorías sospechosas, padecen la presunción de afectar derechos fundamentales de las personas involucradas por la excepción. Por tanto, la compatibilidad de dichas distinciones con el sistema interamericano de derechos humanos debe ser sometida a un análisis riguroso.

Resumiendo lo expuesto sobre el escrutinio estricto, como test de compatibilidad a utilizar para determinar la legitimidad o ilegitimidad de una medida estatal con relación al principio de igualdad y no discriminación, puede decirse entonces que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte y las decisiones de la Comisión interamericanas, en consonancia con el *strict scrutiny* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el estándar de revisión consta de varios extremos, cuya acreditación se encuentra a cargo del Estado: a) que el Estado demuestre que la distinción legal tiene una justificación objetiva y razonable y, más aún, que demuestre que tiene como finalidad el satisfacer un interés estatal imperioso o apremiante; b) que no pueda concluirse, a partir de datos de hecho, que el fin real de la norma es distinto del fin declarado, y que ese fin real no cumpla con el estándar del punto anterior; c) que, si el fin fuera legítimo, la distinción —es decir, el tratamiento desigual en cuestión— es un medio sustancialmente idóneo, adecuado o eficaz para alcanzar ese fin; d) que existe una necesidad de tomar la medida legal que introduce diferencias entre personas, porque no existen medios alternativos idóneos igual o mayormente adecuados y eficaces, que sean más convenientes a los derechos fundamentales e intereses públicos en juego e) con relación a la medida debe evaluarse también la existencia de una proporción adecuada entre los costos y beneficios de la disposición legal. Se trata de juicios sucesivos, aunque circulares.

Dicho con otras palabras: si bien poseen cierta independencia conceptual, la respuesta a cada uno de los interrogantes depende en alguna medida

de las respuestas a los restantes. Por otro lado, basta con que pueda establecerse que la diferenciación no supera uno de los criterios para que se torne incompatible con el respeto del derecho a la igualdad.<sup>102</sup>

De acuerdo con lo anterior, si no existieran justificaciones valederas en un Estado democrático para establecer una distinción conectada con el artículo 1.1. de la Convención Americana, la ley o norma general que la hiciera sería ilegítima y contraria al sistema interamericano de derechos humanos. Y habrá una justificación de ese tipo sólo si la ley en cuestión supera el test que suponen los cinco pasos sintetizados unos párrafos arriba. Si esto no ocurre, la norma debe ser considerada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Quienes hayan peticionado, en suma, se encontrarán perjudicados en sus derechos a la igualdad y no discriminación, en conjunción con los derechos sustanciales afectados, en virtud de una clasificación que carece de una finalidad con peso justificatorio, según los rigurosos estándares de la jurisprudencia relativa a derechos humanos, comenzados por la Corte Suprema de los Estados Unidos y continuados por la Corte y la Comisión interamericanas de derechos humanos.

<sup>102</sup> Cfr., Cianciardo, *El principio de proporcionalidad...*, cit., nota 2, pp. 61-110.