

## EL JUICIO DE LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Carlos BERNAL PULIDO

SUMARIO: I. *El principio de igualdad*. II. *El juicio de la igualdad practicado por la Corte Constitucional*. III. *El juicio integrado de la igualdad*.

### I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

#### 1. *Los mandatos derivados del principio de igualdad*

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada<sup>1</sup> y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos.<sup>2</sup> A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos correlativos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las di-

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo: Rawls, John, *Teoría de la justicia*, traducción de M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 80 y ss., y 187 y ss.; *Id.*, *El liberalismo político*, traducción de A. Doménech, Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1996, pp. 35 y ss.

<sup>2</sup> Sobre la relación entre la igualdad y la distribución de cargas y ventajas entre los individuos: Westen, Peter, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton, Princeton University Press, 1990, capítulo V.

ferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).<sup>3</sup>

Estos cuatro mandatos tienen una dimensión objetiva, a partir de la cual se define el principio de igualdad, y una dimensión subjetiva:<sup>4</sup> el derecho a la igualdad. Como derecho, la igualdad atribuye al individuo (el sujeto activo) el deber de exigir del Estado (el sujeto pasivo) el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad.<sup>5</sup> En todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. El primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio, alude al carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al Legislador.<sup>6</sup>

Ahora bien, de los cuatro mandatos del principio de igualdad, el primero y el segundo no suelen originar problemas interpretativos.<sup>7</sup> Ellos se aplican en los casos fáciles. Por el contrario, el tercero y el cuarto se sitúan

3 Creemos que la diferenciación entre estos cuatro mandatos que se derivan de principio de igualdad, tiene mayor capacidad analítica y explicativa que la famosa petición de principio, acogida por la Corte Constitucional para definir este principio: *hay que tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual*. Véase: Sentencia C-022/96.

4 Véase sobre la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales: Osuna, Néstor, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 231 y ss.

5 Véase sobre la estructura del derecho a la igualdad y de sus distintas concreciones: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 415 y ss.; Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 364 y ss.

6 Véase sobre la eficacia vinculante frente al Legislador, como característica definitoria de los derechos fundamentales de una Constitución: Cruz Villalón, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 35 y ss.; Rubio Llorente, Francisco, "Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España", *Claves de la Razón Práctica*, núm. 75, 1997, pp. 2 y ss.

7 Véase sobre este aspecto: Hesse, Konrad, "Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit", en Badura, P. y Scholz, R. (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Munich, C.H. Beckche Verlagsbuchhandlung, 1993, p. 121.

en el ojo del huracán;<sup>8</sup> conforman el espectro de los casos difíciles. Cuando se aplican, dichos mandatos exigen definir si las similitudes de las situaciones de los individuos afectados deben prevalecer frente a las diferencias, y justifican un trato paritario, o si debe ocurrir lo contrario.

Asimismo, estos dos últimos mandatos conforman el eje de la definición del principio de la igualdad en la Constitución colombiana. El artículo 13 establece el mandato de trato paritario en su primer inciso<sup>9</sup> y, en sus incisos 2 y 3, el mandato de trato diferenciado.<sup>10</sup> En el lenguaje de la Constitución, mientras el mandato de trato paritario equivale a la prohibición de *discriminación* —correlativa a la prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios del derecho—, el mandato de trato diferenciado es sinónimo del deber de “promoción” y de “protección” de los desfavorecidos, que corre a cargo del Estado.<sup>11</sup> En esta prohibición y en este deber centraremos nuestro análisis sobre el principio de igualdad.

## 2. *La indeterminación del principio de igualdad*

La prohibición de discriminación y el deber de promoción y de protección son normativamente indeterminados.<sup>12</sup> La indeterminación se pre-

8 Véase sobre estos mandatos: Rubio Llorente, Francisco, voz: “Igualdad”, en Aragón Reyes, M., (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III, pp. 136 y ss.

9 Artículo 13, inciso 1: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, opinión política o filosófica”.

10 Artículo 13, inciso 2: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”. Inciso 3: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

11 Eduardo Cifuentes ha aludido a estos mandatos con los conceptos de “derecho a la no discriminación”, “igualdad promocional” y “protección especial a los débiles”. Véase “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 7, 1996, pp. 64 y ss.

12 Véase sobre el concepto y las clases de indeterminación normativa: Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, en publicación en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, capítulo I, III, 1 (de este trabajo citaré las secciones y no las páginas, para que el lector pueda ubicarse con precisión en la futura edición impresa).

senta, porque en la disposición constitucional que los establece, no aparece claro *a priori* cuándo un trato es discriminatorio, y vulnera por tanto el inciso 1 del artículo 13, y cuándo una omisión o una acción del Estado vulnera el deber de promoción y de protección, tipificado por los incisos 2 y 3 del mismo artículo. En este sentido, debe reconocerse que las formulaciones contenidas en estos incisos son vagas<sup>13</sup> cuando se observan en conjunto, pues no definen *a priori* para todos los casos, (1) cuándo un trato diferenciado se convierte en discriminatorio, (2) cuándo un trato semejante es constitucional, por haberse producido en ejercicio de la competencia legislativa para configurar la Constitución, y (3) cuándo un trato diferenciado es un trato promocional o de protección. En síntesis: la vaguedad se presenta porque no es claro cuándo un trato diferente de varios destinatarios está prohibido, es posible o es obligatorio, desde el punto de vista constitucional.

Asimismo, los incisos 2 y 3 del artículo 13 revisten una indeterminación estructural.<sup>14</sup> La causa de esta indeterminación reside en que estos enunciados no especifican qué medios están prohibidos por la Constitución, ni cuáles son obligatorios o meramente posibles, para que el Estado promueva la igualdad real entre los grupos sociales y proteja a los desfavorecidos. El Estado puede llevar a cabo estos mandatos mediante diversas estrategias, sin que la Constitución explicita cuáles deben ser adoptadas, cuáles no pueden serlo, y cuáles están meramente permitidas.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Véase sobre la vaguedad como causa de indeterminación normativa: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 12, capítulo I, III, 1.1. Sobre el concepto de vaguedad: Russell, Bertrand, “Vagueness”, en Keefe R., y Smith, P., *Vagueness: a Reader*, Cambridge-Londres, MIT Press, 1997, pp. 61 y ss.; Carrió, Genaro, *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971, pp. 18 y ss.

<sup>14</sup> Véase sobre la indeterminación estructural como causa de indeterminación normativa: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 12, capítulo I, III, 1.3. Sobre el concepto de indeterminación estructural: Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 5, pp. 449 y ss.; *Id.*, *Nachwort/Postscript (a la Teoría de los Derechos Fundamentales)*, Manuscrito, III. Este epílogo será publicado por la Oxford University Press, junto con la primera edición inglesa de la *Teoría de los derechos fundamentales*. Mi traducción al español aparecerá en el último número de 2002 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*.

<sup>15</sup> Finalmente, la indeterminación de los enunciados que componen el artículo 13 no sólo se proyecta en cuanto a la catalogación de los tratos diferentes como prohibidos, posibles u obligatorios, sino en cuanto a las medidas que deben ser adoptadas en caso de que un trato diferente sea inconstitucional. El artículo 13 no especifica cómo deben ser reparadas las violaciones del principio de igualdad. Véase sobre este tema, que aquí

Ahora bien, la indeterminación normativa del principio de igualdad origina la necesidad de que la Corte Constitucional determine el contenido del artículo 13, siempre que, a la luz de este principio, deba enjuiciar la constitucionalidad de las leyes (mediante la acción pública de inconstitucionalidad) y la constitucionalidad de los actos administrativos y de los particulares (por la vía de la acción de tutela). Esta determinación de contenido se efectúa mediante la concreción y la fundamentación de una norma adscrita.<sup>16</sup> Las normas adscritas prescriben el *deber ser* que se deriva de las disposiciones constitucionales para cada caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias específicas. En lo que concierne al principio de igualdad, las normas adscritas que la Corte Constitucional concrete, establecerán si un determinado trato diferente está prohibido, ordenado o permitido por el artículo 13 de la Constitución.<sup>17</sup>

Es una exigencia de racionalidad y de corrección que las normas adscritas no sólo sean concretadas por la Corte Constitucional, sino también, que sean objeto de una fundamentación correcta. En un Estado constitucional, la concreción de una norma adscrita no puede ser considerada sólo como una decisión de autoridad de la alta corte, cuyo carácter vinculante deriva de la imposibilidad de ser cuestionada ante una instancia superior. La Corte Constitucional no está legitimada para atribuir a estas normas cualquier contenido, sino únicamente aquél que resulte de una fundamentación correcta, basada en la Constitución y, en general, en el ordenamiento jurídico.

no podemos abordar: González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

<sup>16</sup> Véase sobre la concreción de las normas adscritas como estrategia básica para la determinación del contenido de los derechos fundamentales: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 12, capítulo I, III, 2.2.

<sup>17</sup> En la doctrina colombiana sobre el principio de igualdad ya se ha reconocido la función de las normas adscritas. Sin embargo, la denominación que se ha utilizado para referirse a estas normas es la de “subreglas” (Véase varios autores, *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Manuscrito, p. 6). Esta denominación no parece demasiado aconsejable, si se tiene en cuenta que las normas adscritas tienen por lo general el carácter de *reglas* —según se entiende este concepto en la teoría jurídica actual—. Véase sobre el carácter de reglas de las normas adscritas: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 12, capítulo VI, II, 3.2.3. La denominación de *subregla* puede llevar a pensar equivocadamente que las normas adscritas son reglas de inferior categoría o reglas implícitas en otras reglas. Cualquiera de estas dos interpretaciones es desatinada.

Ante todo lo anterior, sin embargo, el problema consiste en precisar ¿de qué manera deben ser concretadas y fundamentadas correctamente las normas adscritas, mediante las cuales se determina el contenido normativo del principio de igualdad? ¿Cómo es posible establecer de manera correcta, si un criterio de diferenciación, utilizado por el legislador o por la administración, es constitucionalmente admisible?

Este es uno de los problemas claves de la interpretación del principio de igualdad. La necesidad de solucionarlo, ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina de los países cuya Constitución tipifica este principio, a desarrollar diversos criterios para interpretarlo y aplicarlo. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal acogió durante muchos años la solución propuesta por Leibholz y Triepel en la época de Weimar, según la cual, “se vulnera el principio de igualdad... cuando la disposición [que se enjuicia] debe ser catalogada como arbitraria”.<sup>18</sup> Según esta “antigua fórmula”, la interdicción de la arbitrariedad debía ser considerada como el criterio para determinar el contenido del principio de igualdad en los casos concretos. No obstante, a partir de la Sentencia del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal, del 7 de octubre de 1980, esta antigua fórmula fue remplazada por una nueva,<sup>19</sup> según la cual, se vulnera el principio y el derecho a la igualdad, “cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso, que puedan justificar el trato diferente”.<sup>20</sup> En esta nueva fórmula, el principio de proporcionalidad es el criterio para determinar el principio de igualdad. Mediante dicho principio se determina si el tipo y el peso de las diferencias que existen entre los grupos de destinatarios implicados en el caso, justifican el trato diferente de unos en comparación con el de los otros.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> BVerfGE 1, 14 (52).

<sup>19</sup> Véase sobre la historia y las relaciones entre las dos fórmulas de la igualdad en Alemania: Starck, Christian, “Die Anwendung des Gleichheitssatzes”, en Link Christoph (ed.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Baden-Baden, Nomos, 1982, pp. 51 y ss.

<sup>20</sup> BVerfGE 55, 72 (88).

<sup>21</sup> Véase sobre el principio de proporcionalidad, como elemento esencial de la nueva fórmula del principio de igualdad, expuesta por el Tribunal Constitucional alemán, y sus relaciones con la fórmula antigua: Lothar, Michael, “Die drei Argumentationsstruk-

## II. EL JUICIO DE LA IGUALDAD PRACTICADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

A lo largo de sus hasta ahora cerca de diez años de funcionamiento, también la Corte Constitucional colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad. Esos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado *test* o juicio de igualdad: (1) un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; (2) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y (3) un original *juicio integrado de igualdad*, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas. A continuación analizaremos la aplicación de los dos primeros modelos por parte de la Corte Constitucional.<sup>22</sup> El tercero será objeto de nuestro estudio en la tercera parte.

### 1. *El juicio de igualdad como juicio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*

Una primera versión del juicio de igualdad, desarrollada por la Corte Constitucional en varias sentencias, adopta los elementos básicos del juicio de igualdad que es aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,<sup>23</sup> el Tribunal Constitucional español<sup>24</sup> y el Tribunal Constitu-

turen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit —Zur Dogmatik des Über— und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, *JuS*, 2001, pp. 148 y ss.; Michael, Lothar, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, 2001, pp. 866 y ss.; Brüning, Christoph, “Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit”, *Juristen Zeitung*, 6 de julio de 2001, pp. 669 y ss. También sobre este tema, aunque con referencia sobre todo al contexto austriaco: Pöschl, Magdalena “Ubre Gleichheit und Verhältnismäßigkeit”, *Juristische Blätter*, 7 de julio de 1997, p. 413 y ss.

<sup>22</sup> La existencia de estas tres líneas jurisprudenciales sobre el juicio de igualdad ha sido reconocida explícitamente por la jurisprudencia (véase por todas la Sentencia C-93 de 2001) y por la doctrina (véase varios autores, *op. cit.*, nota 17, pp. 9 y ss.; y Rodríguez, César, “El *test* de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, *Observatorio de justicia constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes Siglo del Hombre Editores, 1998, pp. 274 y ss.).

<sup>23</sup> Véase el caso *Marckx vs. Bélgica*, del 13 de junio de 1979, expresamente citado y seguido por la Corte Constitucional.

<sup>24</sup> Véase, entre un sinnúmero de Sentencias, las SSTC 209/1988, 150/1993 y 234/1997.

cional alemán —este último a partir de la *nueva fórmula*—, y que se estructura con base en el principio de proporcionalidad. La Corte Constitucional se ha referido a este enjuiciamiento con los conceptos de juicio de *proporcionalidad* o de *razonabilidad*, a pesar de que ellos, como ya hemos precisado en otro lugar,<sup>25</sup> no pueden ser considerados sinónimos.

La Sentencia C-022 de 1996 es tal vez aquella en donde esta primera versión del juicio de igualdad aparece con mayor claridad.<sup>26</sup> En esta Sentencia, la Corte Constitucional debía decidir una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, que otorgaba a todos aquellos que hubieren prestado el servicio militar, un aumento del 10% del puntaje en los exámenes estatales, que los bachilleres deben presentar con miras a acceder a la Universidad. A fin de solucionar este problema jurídico, la Corte sostuvo que el privilegio a favor de estos bachilleres sólo sería admisible constitucionalmente, de existir una *razón suficiente* que lo justificara.

Ahora bien, de acuerdo con la Corte, el análisis de esta justificación debía efectuarse mediante un *test de razonabilidad*, compuesto por tres etapas: “a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución; y c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido”. A su vez, según la Corte, esta última epata se subdivide en la aplicación de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Véase Bernal Pulido, Carlos, “Razionalità, proporzionalità e ragionevolezza nel giudizio di costituzionalità delle leggi”, en Spadaro, A. *et al.*, *Atti del convegno sulla ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2002, en prensa.

<sup>26</sup> Véase sobre el origen de este *test* en algunas sentencias anteriores de la propia Corte Constitucional: Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 22, pp. 273 y ss.

<sup>27</sup> “El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”. En esta sentencia, la Corte declaró inconstitucional la medida *sub examine*, por violación de los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

Las deficiencias de claridad conceptual de esta definición del *test de razonabilidad* saltan a la vista. Por una parte, la Corte incluye a la propia *razonabilidad* como una de las etapas del *test* —la tercera— de este modo, lo definido se incluye parcialmente en la definición; y, por otra, la Corte parece equiparar a esta etapa con el principio de proporcionalidad. No obstante, esta equiparación tampoco parece ser tan tajante, pues en la misma sentencia, la Corte indica que “el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad”. Aquí, entonces, la proporcionalidad no se equipara a la razonabilidad, sino que es el concepto que la *concreta* (?). Por último, la Corte incurre en una redundancia, pues al definir el principio de proporcionalidad, incluye dentro del subprincipio de idoneidad las dos primeras exigencias de la razonabilidad: que el trato diferente tenga un objetivo y que éste sea válido:

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) *adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido*; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato (las cursivas son nuestras).

De este modo, la existencia de un objetivo y su validez, se examinan dos veces dentro del mismo procedimiento.

Más allá de estas deficiencias, el *test* de razonabilidad enunciado por la Corte, sí parece seguir en esencia las etapas de aplicación del principio de proporcionalidad de *índole europea*.<sup>28</sup> Como es bien sabido, este prin-

<sup>28</sup> Rodríguez, César en su artículo “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, *cit.*, nota 22, y los profesores de la Universidad Nacional que elaboraron el informe: *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, *cit.*, nota 17, hablan rotundamente de la índole europea de este *test* aplicado por la Corte colombiana. En este sentido, mientras aquél se refiere al *test europeo* (p. 275), estos señalan que la aplicación del principio de proporcionalidad representa *cierta influencia europea* en la jurisprudencia colombiana. Esta afirmación general parece soslayar los múltiples matices con que los conceptos de razonabilidad y de proporcionalidad han sido aplicados por los diversos Tribunales Constitucionales y Administrativos de la Europa continental, por los Tribunales ingleses, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de

cipio conoció sus primeros desarrollos, no en el ámbito del principio de igualdad, sino en el de las libertades o de los derechos fundamentales de defensa.<sup>29</sup> En casi todas las reconstrucciones doctrinales y las aplicaciones jurisprudenciales, este principio aparece como un conjunto articulado y escalonado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.<sup>30</sup> A su vez, algunos autores incluyen dentro del subprincipio de idoneidad la exigencia de que el fin que persigue la medida de intervención en los derechos fundamentales, sea constitucionalmente legítimo.<sup>31</sup> Otros autores, en cambio, la consideran como una exigencia independiente.<sup>32</sup>

La Corte Constitucional sostiene equivocadamente, que el principio de proporcionalidad se aplica en *Europa* siempre de la misma manera, con una intensidad idéntica.<sup>33</sup> Por lo menos en lo que concierne al de-

Justicia de las Comunidades Europeas. Véase sobre estos matices: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 12, *Introducción*. También sobre este tema: el número monográfico 5 de 1998, de la revista española *Cuadernos de Derecho Público*; varios autores, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, C. F. Müller, 1985; Ellis, Evely, (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland (Oregon), Hart Publishing, 1999; Xynopoulos, George, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995; y Emiliou, N., *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Londres-La Haya-Bostón, Kluwer, 1996.

<sup>29</sup> Véase sobre la historia del principio de proporcionalidad: Remmert, B., *Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen des Übermabverbotes*, Otto Heidelberg, 1995.

<sup>30</sup> Véase tres de los más completos estudios sobre la estructura del principio de proporcionalidad: Hirschberg, L., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1981; Jakobs, Ch., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, tesis presentada en la Universidad de Colonia, 1985; y Deschling, R., *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Munich, Verlag Franz Vahlen, 1989.

<sup>31</sup> Véase mi reconstrucción de la estructura del principio de proporcionalidad en Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 12, capítulo VI. Del mismo modo, el excelente trabajo de Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel (Alemania), 2000, Baden-Baden, Nomos.

<sup>32</sup> Ipsen, J., *Staatsrecht*, Neuwied-Kriftel-Berlín, Luchterhand, 1997.

<sup>33</sup> Véase el siguiente extracto de la Sentencia C-93 de 2001: “Así, como lo ha mostrado la doctrina, el juicio de proporcionalidad europeo tiene la virtud de aclarar analíticamente cuáles son los diversos pasos que debe realizar el juzgador. Pero es discutible que el mismo análisis de proporcionalidad pueda ser aplicado en todos los casos, pues no parece razonable estudiar en la misma forma una regulación que establece distinciones

recho constitucional alemán —y en cuanto hemos propuesto recientemente nosotros con referencia al derecho español—<sup>34</sup> cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad debe ser aplicado con una intensidad diferente —un control de evidencia, un control intermedio o un control material intensivo—, de acuerdo con la seguridad que ofrezcan las premisas empíricas, analíticas y normativas relevantes, y de acuerdo con la intensidad de la ingerencia de los poderes públicos en el derecho fundamental objeto de consideración.<sup>35</sup> De este modo, cuanto más intensa sea la ingerencia en el derecho fundamental y cuanto más seguras sean las premisas relevantes, más intenso o estricto deberá ser el control de proporcionalidad.

En todo caso, el soslayo de esta circunstancia ha llevado a la Corte Constitucional a recurrir también a veces a una extrapolación del modelo norteamericano de juicio de igualdad.

en la asignación de bienes y cargas con base en criterios raciales, y otra que funda la diferencia de trato en criterios de mérito. ...Precisamente, debido a la necesidad de contar con herramientas diferenciadas para estos diversos tipos de casos, es que la doctrina y la jurisprudencia estadounidense han desarrollado la idea de que deben existir juicios de igualdad de distinta intensidad”. En el mismo sentido señala César Rodríguez, aunque refiriéndose sólo a la aplicación del principio de proporcionalidad en los casos de igualdad por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “Mientras que el *test* europeo es único y se aplica a todo tipo de casos relacionados con el derecho a la igualdad, la Corte americana ha desarrollado tres niveles distintos del *test*, cada uno de los cuales implica un diverso grado de severidad...”, *op. cit.*, nota 22, p. 281.

<sup>34</sup> Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 12, capítulo VI.

<sup>35</sup> Véase, en la doctrina alemana, sobre las diferentes intensidades con las que debe ser aplicado el principio de proporcionalidad: Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 5, III.3 (con extensa cita de jurisprudencia); Hesse, Konrad, “Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Hesse, Konrad, *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, C. F. Müller, 1984, pp. 311 y ss.; y la estupenda monografía de Raabe, Marius, *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden, Nomos, 1998. Sobre la aplicación de estas intensidades de los subprincipios de la proporcionalidad en el juicio de igualdad, véase: Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 7, pp. 130 y ss.; Lothar, Michael, *op. cit.*, nota 21, pp. 148 y ss.; y Kommers, Donald P., “Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland”, en Link, Christoph (ed.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Baden Baden, Nomos, 1982, pp. 31 y ss.

## 2. El juicio de igualdad con tres tipos de escrutinios

De acuerdo con la Corte Constitucional, la segunda de sus líneas jurisprudenciales sobre el principio de igualdad, “con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos” —toma los elementos de la más reciente jurisprudencia norteamericana sobre la aplicación de la cláusula *equal protection*, prevista por la decimocuarta enmienda—, “se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los *escrutinios* o *tests* de igualdad (estrictos, intermedios o débiles)”.<sup>36</sup> Se trata de una escala de intensidades para la aplicación del principio de la igualdad, cuyos elementos se definen de la siguiente manera:

*Escrutinio débil.* El escrutinio débil, llamado también *rational basis Test*, representa la fórmula más tradicional para la aplicación del principio de igualdad en el derecho norteamericano.<sup>37</sup> Este escrutinio se aplica por regla general, aunque los ámbitos más comunes en que se lleva a la práctica, son aquellos que deparan al legislador un ámbito de apreciación de contornos extensos, como, por ejemplo, la economía.<sup>38</sup>

Según el escrutinio débil, para que un acto jurídico sea declarado constitucional, basta que el trato diferente que establezca, sea una medida “potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico”.<sup>39</sup> El escrutinio débil, entonces, consta de dos exigencias: *a*) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y *b*) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido, una diferenciación es inconstitucional, si su objetivo está prohibido por la Constitución o si ella es manifiestamente inadecuada para alcanzarlo.<sup>40</sup>

*Escrutinio estricto.* El escrutinio estricto es el elemento más importante de la llamada “nueva” jurisprudencia norteamericana sobre el principio de igualdad, que comenzó a gestarse a partir del final de los años sesenta. El surgimiento de este segundo escrutinio respondió a la cons-

<sup>36</sup> Sentencia C-93 de 2001.

<sup>37</sup> Véase sobre la evolución del enjuiciamiento de la igualdad en Estados Unidos: Tribe, Lawrence H., *American Constitutional Law*, Mineola-Nueva York, Fondation Press, 1978, capítulo 16.

<sup>38</sup> Véase la Sentencia C-265 de 1994.

<sup>39</sup> Sentencia C-93 de 2001.

<sup>40</sup> Véase la Sentencia C-445 de 1995. En la doctrina: Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 22, pp. 281 y 284.

tatación de que el *rational basis-Test* no era un instrumento adecuado para enjuiciar las medidas de diferenciación que afectaban a grupos o intereses que habían sido discriminados tradicionalmente y que, por tal causa, merecían recibir una protección especial por parte del Estado. Por esta razón, este segundo escrutinio debe aplicarse cuando una diferenciación se fundamente en criterios *sospechosos* como la raza o —de acuerdo con la tendencia jurisprudencial expansiva que se conoció en Estados Unidos durante la década de los setenta— la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía.

En la versión del escrutinio estricto adoptada por la jurisprudencia de la Corte colombiana, los criterios sospechosos de diferenciación —o criterios “potencialmente discriminatorios”— son aquellos que (1) aparecen incluidos en los mandatos de igualdad tipificados por la Constitución —el mandato genérico del artículo 13 o los mandatos específicos de los artículos 19, 42, 43 y 53—;<sup>41</sup> (2) aquellos que restringen derechos fundamentales, y (3) aquellos que afectan de manera desfavorable a “minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta”, cuya especial protección a cargo del Estado aparece prescrita por los artículos 7o. y 13 de la Constitución.<sup>42</sup> Más recientemente,<sup>43</sup> la Corte ha señalado que además de estos tres tipos de criterios, también son potencialmente discriminatorias aquellas diferenciaciones que:

...(1)se funden en rasgos permanentes de las personas de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (2) aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias; y (3) aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.<sup>44</sup>

41 Son criterios expresamente mencionados en la Constitución, los siguientes: “sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (artículo 13); además de aquellos que diferencien entre las religiones o confesiones (artículo 19), entre los hijos adoptados y nacidos dentro y fuera del matrimonio (artículo 42), entre el hombre y la mujer (artículo 43) y entre los trabajadores (artículo 53).

42 Sentencia C-445 de 1995.

43 Sentencia C-371 de 2000 y C-93 de 2001.

44 Véase sobre estos criterios en la doctrina: varios autores *op. cit.*, nota 17, pp. 18 y ss.

En los casos de escrutinio estricto, para que el tratamiento diferente de un destinatario o de un grupo esté justificado, “debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso”.<sup>45</sup> Esto quiere decir que el escrutinio estricto también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferentes, al cumplimiento de dos exigencias: (1) que la medida persiga, ya no sólo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado<sup>46</sup> (un *compelling interest*) y que (2) la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. En lo que concierne a esta última exigencia, la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea.

La aplicación de estas dos exigencias estrictas hace que el escrutinio estricto deba ser sólo una excepción, aplicable a los ámbitos mencionados, en donde los poderes del Estado no disponen de amplios márgenes de apreciación o de decisión. Asimismo, en el escrutinio estricto tiene lugar una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras la medida *sub examine* no reciba una justificación atendible, “se mantiene la presunción de trato inequitativo”.<sup>47</sup>

*Escrutinio intermedio.* El último de los escrutinios, desarrollado por el Tribunal Supremo norteamericano desde mediados de los años setenta, es el escrutinio intermedio. Este último tipo pretende ser una categoría que se sitúa entre el escrutinio estricto y el débil, y que se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en los criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real. Se trata de los casos de *affirmative action*. En algunos de estos supuestos, por ejemplo, se utiliza el criterio sospechoso del género, pero no para discriminar a las mujeres, sino para obtener la igualdad real entre mujeres y hombres. La aplicación del escrutinio débil en estos casos no resulta plausible, por cuanto la diferencia se basa en un criterio sospechoso. Sin embargo, tampoco parece atinado aplicar el escrutinio estricto, porque la diferencia no perjudica, sino favorece al grupo históricamente discriminado.

45 Sentencia C-93 de 2001.

46 Sentencia C-445 de 1995.

47 Sentencia T-230 de 1994.

El escrutinio intermedio también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen diferencias al cumplimiento de dos exigencias. La Corte Constitucional las ha expuesto del siguiente modo: “es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante”.<sup>48</sup> Es decir, (1) que el objetivo del trato diferente sea *importante* y (2) que entre dicho trato y el objetivo exista una relación de idoneidad *sustantiva*.

Ahora bien, en comparación con el juicio de proporcionalidad de índole europea, esta gradación de juicios de la igualdad de origen norteamericano presenta ventajas y desventajas. Meritoria es su capacidad para diferenciar entre diversos ámbitos de aplicación del juicio de igualdad, de acuerdo con la correlativa amplitud del ámbito de apreciación que deba ser reconocido al legislador, a la administración o a los particulares (la autonomía privada). De este modo, por ejemplo, mientras el amplísimo margen de apreciación política en materia económica debe ser correlativo a un control constitucional débil, la necesidad de respetar rigurosamente la igualdad en cuanto a la raza, debe conducir a un control estricto.

No obstante, esta gradación de escrutinios suscita también algunos inconvenientes. En primer lugar, no siempre es tan clara la correspondencia entre los diversos tipos de escrutinio y los ámbitos en que se aplican. Así lo demuestra la discusión norteamericana sobre la extensión del horizonte que abarcan los criterios *sospechosos*.<sup>49</sup> No existe un criterio seguro para fijar el límite del espacio que ocupan los criterios sospechosos. En segundo lugar, puede suceder que en un caso ubicado en un ámbito, dejado en principio a la competencia legislativa de configuración, confluya un criterio sospechoso. Por ejemplo, ¿qué tipo de escrutinio debe aplicarse para una medida de diferenciación de índole económica (escrutinio débil), pero que afecta derechos fundamentales de los implicados (escrutinio estricto)? En tercer lugar, como reconoce la propia Corte Constitucional, la gradación de escrutinios de igualdad tiene una claridad analítica menor a la del principio de proporcionalidad.<sup>50</sup> En estos escrutinios sólo es relevante la legitimidad del objetivo constitu-

48 Sentencia C-445 de 1995.

49 Véase, sobre este aspecto, el detallado recuento jurisprudencial de Kommers, Donald P., *op. cit.*, nota 35, pp. 40 y ss.

50 Sentencia C-93 de 2001.

cional y la idoneidad de la medida que establece la diferenciación. Estos escrutinios no tienen en cuenta que dicho objetivo podría ser alcanzado también por un medio igual o más idóneo y que a la vez no implicara una diferenciación (principio de necesidad), y que la legitimidad de las diferenciaciones debe depender también de la relación que existe entre la intensidad en que se alcanza el objetivo de la medida y la intensidad en que se afecta el derecho de igualdad y los demás derechos fundamentales de los afectados (principio de proporcionalidad en sentido estricto).

Por estas razones, parece plausible que la Corte Constitucional estime que el mejor enjuiciamiento de la igualdad es aquél que permite aplicar una diferente escala de intensidades dentro de los subprincipios de la proporcionalidad. Esta tercera vía, sugerida anteriormente en el contexto colombiano por César Rodríguez,<sup>51</sup> ha sido acogida y desarrollada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-93 de 2001. El interrogante es, sin embargo, si esta versión del *juicio integrado de la igualdad* es analíticamente adecuada.

### III. EL JUICIO INTEGRADO DE LA IGUALDAD

#### 1. *La versión de la Corte Constitucional*

En la Sentencia C-93 de 2001, la Corte Constitucional intentó construir un *juicio integrado de igualdad*, que combinara las ventajas del juicio de igualdad de índole europea —estructurado alrededor del principio de proporcionalidad—, con las ventajas del juicio norteamericano. Se trataba de armonizar la mayor claridad analítica que ofrece el procedimiento de la proporcionalidad, con la posibilidad de que cada uno de sus subprincipios sea aplicado con una intensidad diferente, de acuerdo con la extensión del ámbito de apreciación que el legislador o la administración tenga en la materia que sea relevante.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 22, pp. 285 y ss.

<sup>52</sup> Recordemos que la Corte Constitucional considera equivocadamente que en “Europa” el principio de proporcionalidad se aplica “con el mismo rigor en todos los casos”. Véase la propia Sentencia C-93 de 2001. También, sobre la importancia de practicar juicios de igualdad con diversa intensidad, de acuerdo con la materia que se enjuicie: la Sentencia C-081 de 1996.

Conviene reconocer, sin embargo, que la Sentencia C-93 sólo lleva a cabo una descripción muy somera y poco refinada de este juicio integrado de igualdad. La Corte Constitucional se refiere solamente a las siguientes tres etapas de este enjuiciamiento:

*Determinación del tipo de escrutinio.* El primer paso consiste en determinar “según la naturaleza del caso”, “el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad”.<sup>53</sup> Esta determinación es un paso previo a la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. Cuando la Corte Constitucional se refiere a la *naturaleza del caso*, alude a la materia o el ámbito en que se incluya la medida *sub examine*. Si en el caso concreto está en juego una materia que depare al legislador un ámbito de apreciación amplio, entonces el escrutinio de la igualdad deberá ser débil. Lo contrario ocurrirá, si el ámbito del legislador es restringido.

*Juicio de adecuación.* Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad “no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto”. Será necesario que la medida “sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura”. En cambio, cuando se trata de un escrutinio débil, únicamente se exige que la medida *sub examine* tenga alguna relación de idoneidad con el fin legítimo que se proponga.

*Juicio de indispensabilidad.* Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de indispensabilidad, “la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional”. Por el contrario, cuando el juicio de igualdad es débil, “basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria”.

La reconstrucción de este juicio de la igualdad que la Corte efectúa, presenta varias deficiencias. En primer lugar, dicha reconstrucción no desarrolla de manera exhaustiva la estructura de cada subprincipio de la proporcionalidad. La Corte realmente reproduce con otro nombre el modelo norteamericano, en el que sólo es relevante la determinación del tipo de escrutinio, la legitimidad del objetivo constitucional y la idoneidad de la medida que establece la diferenciación. En la versión de la Corte, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto aparece

<sup>53</sup> Todas las citas entre comillas de los tres párrafos siguientes son de la Sentencia C-93 de 2001.

únicamente mencionado, y el subprincipio de necesidad —*indispensabilidad*— no observa una correspondencia con el subprincipio que integra la proporcionalidad —que no exista un medio alternativo al trato diferente, mediante el cual se pueda alcanzar el objetivo con igual o mayor idoneidad, sin afectar tanto al derecho a la igualdad—, sino que se trata de una mera reiteración del subprincipio de idoneidad, aunado a la exigencia de que no existan *restricciones menos gravosas*.

De esta manera, la Corte Constitucional parece adoptar irreflexivamente la graduación de las intensidades en el juicio de la igualdad, más por imitación de la doctrina norteamericana —cuyos inconvenientes ya hemos señalado—, que por atender a la necesidad de distinguir entre las premisas más o menos seguras, que se aplican dentro de la estructura de la proporcionalidad, y de tener en cuenta la mayor o menor medida en que el principio de igualdad se ve afectado con los variados tipos de diferenciaciones establecidas por los poderes públicos y los particulares. En este aspecto, además, la Corte toma el efecto por la causa. Sostiene que mientras la existencia de un mayor ámbito de apreciación legislativa implica la práctica de un escrutinio estricto, el reconocimiento al legislador de un ámbito más reducido exige la aplicación del escrutinio débil. En realidad, entre estos dos fenómenos existe una relación de correlatividad y no de causalidad —cuanto más débil sea el escrutinio, mayor será el ámbito de apreciación legislativa—. La verdadera causa de uno y de otro reside en la seguridad de las premisas relevantes en cada etapa del juicio de proporcionalidad y en la intensidad de la restricción del principio de igualdad: cuanto más seguras sean las premisas y cuanto más intensa sea la restricción del principio de igualdad, más intenso debe ser el escrutinio y menor ámbito de apreciación debe ser reconocido al legislador, a la administración y a los particulares. Así, por ejemplo, la ilegitimidad de una diferenciación fundada en el criterio de la raza es una premisa normativa segura, que implica una restricción severa del principio de igualdad, dada la inclusión de la raza como criterio prohibido en el artículo 13 de la Constitución y su aceptación generalizada en el constitucionalismo occidental. La seguridad que ofrece esta premisa, otorga a la Corte Constitucional una mayor competencia de control sobre las decisiones del legislador y, por tal razón, fundamenta la práctica de un escrutinio estricto.

Estas deficiencias en la versión de la Corte Constitucional hacen necesario proponer un esquema más completo del juicio integrado de la igualdad, estructurado con base en el principio de proporcionalidad.

## 2. *El juicio integrado de la igualdad como juicio de proporcionalidad*

El juicio integrado de la igualdad es un criterio estructural adecuado para aplicar tanto la prohibición de discriminación, como el deber de igualdad consistente en la *promoción y protección* de los desfavorecidos. De este modo, se estructuran dos versiones del juicio integrado de la igualdad, compuestas por los siguientes pasos y reglas argumentativas:

### *Presupuestos*

#### a. La existencia de una intervención *prima facie* en el principio de igualdad

El primer supuesto de la aplicación de este juicio consiste en la constatación de que la medida cuya constitucionalidad se examina, representa una intervención o una ingerencia en una norma o posición adscrita *prima facie* al principio de igualdad.<sup>54</sup> En cuanto a este supuesto, son de aplicación las siguientes reglas argumentativas:

*Regla 1.* Existe una ingerencia en la prohibición de discriminación, cuando la medida examinada trate de una manera diferente a dos destinatarios del derecho. El principio de igualdad prohíbe *prima facie* este trato diverso, y como consecuencia, su constitucionalidad está sujeta a que se aporten razones que lo justifiquen.

*Regla 2.* En el deber de promoción y protección, en cambio, la ingerencia se originará cuando exista un trato paritario entre los individuos cuyas circunstancias deben ser favorecidas por el Estado (incisos 2 y 3 del artículo 13) y los demás destinatarios del derecho. En este caso, deberá aportarse una justificación del trato paritario.

<sup>54</sup> Véase sobre la intervención en una norma o posición adscrita *prima facie* a un derecho fundamental, como supuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 12, capítulo VI, I.

## b. La determinación del tipo de escrutinio de la igualdad

En este segundo presupuesto, la Corte Constitucional debe examinar qué tipo de escrutinio debe aplicar: estricto, intermedio o débil.

Para tal fin, cuando es relevante la prohibición de discriminación, la Corte debe indagar si la medida *sub examine* implica una afectación intensa, leve o intermedia del principio de igualdad. El principal criterio para evaluar esta variable, consiste en establecer si el trato diferente se funda en uno de los *criterios potencialmente discriminatorios*<sup>55</sup> antes enunciados.<sup>56</sup> Aquí son aplicables las siguientes reglas argumentativas:

*Regla 3.* Cuantas más razones indiquen que un trato diferente se funda en algún criterio potencialmente discriminatorio, más razones habrá para aplicar un escrutinio estricto.

*Regla 4.* Cuantas más razones indiquen que un trato diferente no se funda en algún criterio potencialmente discriminatorio, más razones habrá para aplicar un escrutinio débil.

*Regla 5.* Cuantas más razones indiquen que un trato diferente intenta desarrollar los deberes de promoción y protección de los desfavorecidos (acción afirmativa), más razones habrá para aplicar un escrutinio intermedio.

*Regla 6.* De existir una confluencia de razones que fundamenten la aplicación de más de uno de estos tipos de escrutinio, deberá aplicarse el escrutinio más débil.

Esta última regla se desprende del respeto a la competencia legislativa de la Constitución. En este supuesto, en todo caso, las razones que avalen la práctica de un escrutinio estricto no serán desconocidas, sino serán consideradas en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, como argumentos atinentes a la intensidad de la afectación del principio de igualdad.

Estas mismas reglas argumentativas se aplican en relación con el deber de promoción y protección que se deriva de la igualdad. La Regla 6 es de aplicación idéntica. La Regla 5 no puede aplicarse, por cuanto los casos

<sup>55</sup> No parece desatinado señalar que existiría un consenso, por ejemplo, sobre la circunstancia de que mientras una diferenciación basada en el criterio de la raza, implica una afectación intensa de la prohibición de discriminación, una diferenciación basada en los méritos, representa una afectación muy leve de la misma.

<sup>56</sup> Véase II.2.

de acción afirmativa son precisamente aquellos en donde se cumple el deber de promoción y protección. Por su parte, las reglas 3 y 4 se aplican con las siguientes variaciones:

*Regla 7.* Cuantas más razones indiquen que un trato paritario desconoce los criterios de promoción y protección establecidos por los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución,<sup>57</sup> más razones habrá para aplicar un escrutinio estricto.

*Regla 8.* Cuantas más razones indiquen que un trato paritario no desconoce alguno de estos criterios, más razones habrá para aplicar un escrutinio débil.

*Subprincipio de idoneidad.* De acuerdo con el subprincipio de idoneidad, toda ingerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada.<sup>58</sup>

Cuando se trata de la prohibición de discriminación, estas dos exigencias deben ser aplicadas mediante las siguientes reglas argumentativas:

*Regla 9.* Si se aplica el escrutinio estricto, todo trato diferente debe ser la medida más idónea para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso.

*Regla 10.* Si se aplica el escrutinio débil, todo trato diferente debe tener algún grado de idoneidad para alcanzar un fin no prohibido por la Constitución.

*Regla 11.* Si se aplica el escrutinio intermedio, todo trato diferente debe ser sustancialmente idóneo para promocionar o proteger a alguno de los grupos o individuos desfavorecidos, cuyas características aparecen enunciadas por el 2 o el 3 inciso del artículo 13 de la Constitución.

En cambio, cuando se trata del deber de promoción o protección, derivado de la igualdad, valen las reglas siguientes, relativas a los escrutinios estricto y débil:

<sup>57</sup> En este sentido, los criterios de los incisos 2 y 3 del artículo 13, cumplen, en cuanto al deber de promoción y protección de los desfavorecidos, una función equivalente a la de los criterios potencialmente discriminatorios. Dichos criterios son: que los grupos en cuestión sean discriminados o marginados; y la debilidad manifiesta en razón de la condición económica, física o mental.

<sup>58</sup> Véase sobre la estructura argumentativa del subprincipio de idoneidad: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 12, capítulo VI, II.1.

*Regla 12.* Si se aplica el escrutinio estricto, todo trato paritario debe ser la medida más idónea para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso.

*Regla 13.* Si se aplica el escrutinio débil, todo trato paritario debe tener algún grado de idoneidad para alcanzar un fin no prohibido por la Constitución.

*Subprincipio de necesidad.* De acuerdo con el subprincipio de necesidad, para que una ingerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata, entonces, de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza (1) la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y (2) el menor grado en que éste inter venga en el derecho fundamental.<sup>59</sup>

Cuando se trata de la prohibición de discriminación, el principio de necesidad debe ser aplicado mediante las siguientes reglas argumentativas:

*Regla 14.* Si se aplica el escrutinio estricto, para que un trato diferente sea necesario, no debe existir ninguna medida alternativa que revista la misma idónea para alcanzar el objetivo constitucionalmente imperioso,<sup>60</sup> y que no implique una ingerencia en el principio de igualdad o implique una ingerencia de menor grado.<sup>61</sup>

*Regla 15.* Si se aplica el escrutinio débil, para que un trato diferente sea necesario, no debe existir ninguna medida alternativa que revista una idoneidad equivalente o mayor para fomentar el fin legítimo, y que no implique una ingerencia en el principio de igualdad o implique una ingerencia de menor grado.

*Regla 16.* Si se aplica el escrutinio intermedio, para que un trato diferente sea necesario, no debe existir ninguna medida alternativa que revista una idoneidad equivalente o mayor para promocionar o proteger

<sup>59</sup> Véase sobre la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 12, capítulo VI, II.2.

<sup>60</sup> Aquí no es posible exigir de la medida una mayor idoneidad, pues el escrutinio estricto exige ya en el subprincipio de idoneidad, que el trato diferente sea la medida más idónea para alcanzar el objetivo imperioso.

<sup>61</sup> Este menor grado de afectación del principio de igualdad se obtiene cuando son menores las consecuencias que un trato diferente alternativo origina, en comparación con aquél cuya constitucionalidad se examina.

a alguno de los grupos o individuos desfavorecidos, cuyas características aparecen enunciadas por el 2 o el 3 inciso del artículo 13 de la Constitución, y que no implique una ingerencia en el principio de igualdad o implique una ingerencia de menor grado.

En cambio, cuando se trata del deber de promoción o protección, derivado de la igualdad, deben aplicarse las reglas siguientes:

*Regla 17.* Si se aplica el escrutinio estricto, para que un trato paritario sea necesario, no debe existir ninguna medida alternativa que revista la misma idonea para alcanzar el objetivo constitucionalmente imperioso, y que no implique una ingerencia en el deber de promoción y de protección o implique una ingerencia de menor grado.<sup>62</sup>

*Regla 18.* Si se aplica el escrutinio débil, para que un trato paritario sea necesario, no debe existir ninguna medida alternativa que revista una idoneidad equivalente o mayor para fomentar el fin legítimo, y que no implique una ingerencia en el deber de promoción y de protección o implique una ingerencia de menor grado.

*Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.* De acuerdo con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una ingerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la ingerencia debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.<sup>63</sup>

Cuando se trata de la prohibición de discriminación, el principio de proporcionalidad en sentido estricto debe ser aplicado mediante las siguientes reglas argumentativas:

*Regla 19.* Si se aplica el escrutinio estricto, para que un trato diferente sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del objetivo constitucionalmente imperioso debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.

*Regla 20.* Si se aplica el escrutinio débil, para que un trato diferente sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del fin le-

<sup>62</sup> Este menor grado de afectación del deber de protección y promoción se obtiene cuando una medida alternativa ofrece un grado mayor de protección y promoción que aquella cuya constitucionalidad se examina.

<sup>63</sup> Véase sobre la estructura argumentativa del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 12, capítulo VI, II.3.

gítimo debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.

*Regla 21.* Si se aplica el escrutinio intermedio, para que un trato diferente sea proporcional en sentido estricto, el grado de promoción o protección de los grupos o individuos desfavorecidos, debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.

En cuanto a estas tres reglas conviene aclarar, que el grado de afectación del principio de igualdad depende no sólo del criterio en que se fundamenta la diferenciación —que se analiza en los presupuestos del principio de proporcionalidad—, sino del grado de la diferencia que se establece. Así: cuantas más consecuencias desventajosas se atribuya a un destinatario del derecho en comparación con otro destinatario privilegiado, mayor será la afectación del principio de igualdad.

En cambio, cuando se trata del deber de promoción o protección, derivado de la igualdad, deben aplicarse las reglas siguientes:

*Regla 22.* Si se aplica el escrutinio estricto, para que un trato paritario sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del objetivo constitucionalmente imperioso debe ser por lo menos equivalente al grado de no realización del deber de promoción y protección.

*Regla 23.* Si se aplica el escrutinio débil, para que un trato paritario sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del fin legítimo debe ser por lo menos equivalente al grado de no realización del deber de promoción y protección.

En lo que concierne a estas dos últimas reglas, debe aclararse que el grado de no realización del deber de promoción y protección se determina mediante la comparación entre las medidas que se habría debido y podido adoptar para cumplir óptimamente este deber y aquellas que han sido adoptadas (cumplimiento parcial) o que no han sido adoptadas (incumplimiento total).

Estas 23 reglas condensan los rasgos básicos de una versión analíticamente estructurada del juicio integrado de la igualdad. Ellas, sin embargo, deben ser complementadas con una extensa gama de premisas analíticas, normativas y empíricas, relevantes en los casos concretos. Crear un sistema coherente de estas premisas, dentro de la estructura del principio de proporcionalidad, es uno de los retos más importante que se proponen a la jurisprudencia y a la dogmática constitucional del principio de igualdad.