

## CAPÍTULO TERCERO

### TEST DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

#### I. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y OBJETIVOS DEL TEST

El test de restricción de derechos nos permite analizar una restricción general a un derecho humano. En el test de igualdad y no discriminación podemos analizar lo mismo una restricción general que una particular. Lo que se pone en juego es la igualdad por medio de una ley o acto administrativo que puede violentar el derecho a la no discriminación, esta es la especificidad de este test. En la medida que el test de igualdad y no discriminación tiene finalidades más específicas o acotadas, también tiene ciertas particularidades.

Sabemos que en el orden jurídico se pueden establecer tratos diferenciados para grupos específicos. En sí mismos, los tratos diferenciados no son contrarios al derecho a la igualdad y a la no discriminación, pero cuando estos tienen como objetivo o consecuencia vulnerar los derechos de ese grupo diferenciado, es aquí donde se violenta el derecho a la no discriminación. Así, toda discriminación es un acto de distinción o de diferenciación; pero no todas las diferenciaciones o distinciones son discriminatorias. Por ejemplo, las acciones afirmativas (como los cupos o cuotas) y transformativas (como las modificaciones estructurales de opresión contra ciertos grupos) son precisamente actos de distinción o diferenciación, pero no son actos discriminatorios, más bien todo lo contrario.

Así, lo relevante en el establecimiento de tratos diferenciados, es que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de

acuerdo con la finalidad perseguida por la autoridad. Analizar este fundamento objetivo y razonable es la tarea del test de igualdad por medio de, por ejemplo, la relación de proporcionalidad entre el trato desigual y el fin perseguido.

Otro punto a considerar es que no es necesario que la totalidad de la decisión esté sostenida en la diferenciación. En *Atala vs. Chile*, la Corte IDH especificó que no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona (en este caso concreto), basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado de la orientación sexual para adoptar una determinada decisión. Así, por ejemplo, en este caso lo que la señora Atala demandó fue que la decisión del Estado de quitarle la guarda y custodia de sus hijas estuvo fundada en su orientación sexual. En el análisis, la Corte se percató de que la jurisdicción local había esgrimido falta de capacidad para velar y cuidar de sus tres hijas, pero también había argumentado que la nueva opción de la vida sexual sumada a la convivencia lésbica resultaban dañinas a las niñas. Por ende, si bien la orientación sexual no fue la única causa señalada, sí fue una de las causas que sustentan la decisión, por lo que cabe la aplicación del test de igualdad para determinar si esta diferenciación es razonable.

## II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

Existen tres tendencias de análisis respecto al test de igualdad y no discriminación: las provenientes de la tradición alemana y española; la técnica aplicada por la corte de Estados Unidos, y el intento de integración realizado por la CCC.

Es importante aclarar que estas tres tendencias (alemana, estadounidense y colombiana) han sido aplicadas no sólo a casos que están relacionados con el derecho a la igualdad y la no discriminación. Como vimos en el acápite anterior, el test de corte alemán está pensado para cualquier tipo de restricción. Lo mismo sucede con el test estadounidense, en especial en lo que se refiere

a los test débil e intermedio, pero la principal razón de generar un test de intensidad estricta fue precisamente proteger el derecho a la igualdad y la no discriminación. Es por esa razón que los distintos niveles de intensidad generados por la corte estadounidense han sido especialmente recuperados tanto en la discusión jurisprudencial como en la académica a partir del test de igualdad y no discriminación. Lo mismo sucede con el test integrado propuesto por la corte colombiana. Si bien la propia corte ha aplicado ya esta propuesta integrada a otras restricciones de derechos que no están relacionadas con la igualdad y no discriminación, la integración nació aplicada a este tipo de casos.

### 1. *Test de igualdad con tendencia alemana*

Alemania y España utilizan un test integrado por las categorías analizadas en el test anterior, específicamente (CCC, T-789/00; y C-093/01; Vivas, 2012: 36; Bernal, s.f.: 57-61; Conesa, 2010: 361-362; Insignares y Molinares, 2012):

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

Como vemos, en este test se ha dado menos importancia a cosas como: que el trato diferenciado esté establecido en ley (por esta razón es que es aplicable tanto a restricciones generales como individuales); a que el objetivo sea necesario para una sociedad democrática y a que la restricción no lleve a la anulación del derecho.

Sobre los elementos del test de igualdad y no discriminación que son directamente recuperados del test de restricción, no hay diferencia de fondo con respecto a las explicaciones generales expuestas en el acápite anterior. La única salvedad o diferencia es que en este caso los criterios se aplican a un derecho en particular: la igualdad y no discriminación, en específico a verificar si una distinción es razonable o debe ser considerada contraria a derecho.

Así, el trato diferenciado no constituye una discriminación si: *a)* la decisión de la diferenciación está fundada en un fin aceptado constitucionalmente y *b)* la consecución de dicho fin por medio de la diferenciación es adecuada, necesaria y proporcional en estricto sentido (Conesa, 2010: 362).

Por ejemplo, en el amparo en revisión 307/2007 la SCJN analizó si la baja al personal militar que vive con VIH de las fuerzas armadas es una distinción que puede ser considerada razonable. Identificó como objetivo del trato diferenciado garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la integridad de sus miembros y de terceras personas.

Posteriormente realizó el análisis de adecuación o idoneidad, es decir, examinó si existía una relación causal entre la baja del ejército de las personas que viven con VIH y la garantía de la eficacia de las fuerzas armadas. La medida no pasó el test porque la ciencia médica ha demostrado la imposibilidad de decretar, en automático y desde la ley, que una persona que vive con VIH deba ser considerada incapaz o inútil para el Ejército.

Finalmente, la medida tampoco pasó los criterios de necesidad ni de proporcionalidad en sentido estricto. Esto se debe —determina la SCJN— a que existen otras medidas previas a

la baja que pueden garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, como la reubicación dentro del Ejército. Así, concluye la SCJN, la distorsionada equiparación de “seropositividad”, “enfermedad” e “inutilidad”, con independencia del amplísimo espacio de gradación relevante, resulta contrario a los principios de igualdad y no discriminación por razón de salud.

Otro ejemplo de la SCJN es el amparo en revisión 172/2008 que fue presentado en el acápite dedicado al test de restricción.<sup>26</sup> En esta sentencia la SCJN especifica que cuando los órganos del Estado realicen distinciones normativas entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, la corte debe evaluarlas con el propósito de determinar si tales distinciones descansan sobre una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituyen una discriminación constitucionalmente vedada. En este caso, el posible tratamiento distinto se da entre los médicos que realizan cirugías estéticas y los que no.

Para realizar este análisis, la SCJN establece los siguientes pasos que provienen de la siguiente tesis jurisprudencial IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL:<sup>27</sup> 1) determinar si la finalidad es objetiva y constitucionalmente válida; 2) analizar la racionalidad o adecuación de la distinción; 3) el cumplimiento del requisito de proporcionalidad en sentido estricto: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse

---

<sup>26</sup> En el caso 172/2008 la SCJN aplica dos test distintos: uno de igualdad para analizar si los requisitos que se ponían a los doctores que realizaban cirugías estéticas eran diferentes y mayores que los que se ponían a los médicos que no realizan este tipo de intervenciones y, por ende, había una distinción discriminante. Y un test de razonabilidad, proporcionalidad o restricción para analizar si la regulación al derecho al trabajo en su forma de médicos que realizan cirugías estéticas era contrario a dicho derecho.

<sup>27</sup> Tesis de jurisprudencia 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75 .

proporcionales, tomando en consideración la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionalmente afectados. En esta sentencia no se mencionó el criterio de necesidad, pero es relevante siempre contemplarlo como uno más de los criterios del test de igualdad.

Por su parte, la corte colombiana desarrolló esta primera estrategia argumentativa en las sentencias T-422/92, T-23/94 y la versión más acabada de este test se dio en la sentencia C-022/96.

## 2. *Escrutinios de distinta intensidad de corte anglosajón*

Si bien, como observa Bernal (s.f.: 60-61), también la corte alemana ha usado los distintos niveles de intensidad en el escrutinio del test (control de evidencia, intermedio y material intensivo) a partir del nivel de seguridad que ofrezcan las premisas empíricas, analíticas y normativas, además de la intensidad de la injerencia de los poderes públicos en el derecho fundamental que se esté analizando. Lo cierto es que cuando se piensa en niveles de intensidad en el escrutinio, la remisión inmediata es a la Corte de los Estados Unidos.

En general, hay acuerdo en la literatura en torno a que la corte estadounidense estableció tres niveles de intensidad en los “escrutinios” o “test” de igualdad: estrictos, intermedios y débiles o de relación razonable; aunque para Kelso (2002), se pueden contar hasta siete distintos niveles de escrutinio. Uno que es el punto de partida de mínima razonabilidad, dos distintos tipos de alta racionalidad, dos intermedios, y dos estrictos. En las siguientes páginas, a fin de mantener un mayor nivel de generalidad, trabajaremos sobre los tres primeros niveles de intensidad mencionados.

El *escrutinio leve, débil o de relación razonable* nació en Estados Unidos desde 1920 para analizar si las medidas legislativas vulneraban el principio de igualdad de trato. Específicamente en el caso *F.S. Royster Guano Co. V Virginia*, 253 U.S. 412 (1920), la corte

estadounidense señaló que una clasificación “debe ser razonable, no arbitraria, y debe basarse en un criterio de diferenciación que tenga una relación aceptable y sustancial con el objetivo de la legislación de la ley de tal manera que las personas en circunstancias similares sean tratadas en forma semejante” (CCC, C-673/01: s.p.). De esta forma, el punto de partida en este tipo de análisis es precisamente el test débil, que se usa cuando no estamos frente a las hipótesis establecidas en los test intermedio y estricto, y sólo se debe probar la legitimidad de la finalidad perseguida por el Estado y la adecuación de la relación medios-fines (Sapag, 2008; Conesa, 2010; Insignares y Molinares, 2012). En este escrutinio hay, por ende, dos exigencias (Bernal, s.f.: 62; Kelso, 2002: 227): *a*) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo, y *b*) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo.

Para la corte colombiana, en sus sentencias 673/01 y C-372/11, el test de intensidad leve o débil se realiza cuando se enjuician medidas que versan exclusivamente sobre seis tipos de materias: 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en la sentencia C-372/11 la corte colombiana determinó que si bien el constituyente reconoció al legislador un amplio margen de libertad de configuración en materia de establecimiento de procedimientos y cuantías, por lo que el tipo de test debería ser leve, en el caso concreto, considerando que se alega una posible afectación de los derechos a la igualdad de acceso a la administración de justicia, la corte decidió aplicar un escrutinio intermedio.

También la SCJN determinó que en los casos de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada

del Estado.<sup>28</sup> Esto parece una renuncia a velar por los intereses económicos y distributivos de las minorías o de las mayorías marginadas económicamente. Sin embargo, por un lado, si bien se podría pensar que se debe realizar un test menos estricto, esto no es sinónimo de una renuncia a conocer de este tipo de casos, como la propia SCJN lo especificó en la tesis IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS): “La Constitución Federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al estricto ejercicio de sus competencias de control”. Además debe considerarse que un aspecto central de la igualdad es la material, y que las resoluciones relacionadas con regulaciones económicas y tributarias son las que más pueden generar desigualdades en este rubro.

La 4) materia en donde el test es débil o leve es cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente, y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión.

La lógica de la identificación de distintos niveles de intensidad fue utilizada por la SCJN en los amparos en revisión 172/2008 y 7/2009. En este último, la empresa Costco demandó la declaración de discriminación de una norma que obligaba a los comercios a no permitir que los compradores de cigarrillos los tomaran directamente, pero no ponía las mismas restricciones a los comercios que vendían cigarrillos y puros, pese a que los tres productos

---

<sup>28</sup> Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CXXXIII/2004, de rubro: IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

(cigarrillos, cigarros y puros) son producidos por medio de tabaco. Así, de acuerdo con Costco, se establecía un trato diferenciado en la libertad de comercio entre los vendedores de cigarrillos y los vendedores de cigarros y puros, que resultaba en detrimento de su libertad comercial y, por ende, era discriminatorio.

En su análisis, el primer paso que siguió la SCJN fue analizar si estamos frente a una restricción que afecta a algún grupo en situación de vulnerabilidad o a un derecho considerado humano para determinar el nivel de intensidad del test. Determinó que no es el caso: “Se trata, por el contrario, de una disposición sobre la comercialización y venta de productos que se aplica a todas las personas, físicas y jurídicas que desarrollen dicha actividad empresarial, como tantas otras que se proyectan sobre el desempeño de las actividades profesionales de las personas”.

Pese a que la estrategia de litigio y la forma como inició la sentencia la SCJN parecía llevarnos a un test de igualdad. En los hechos, el argumento derivó en torno a la aplicación de un test de razonabilidad, proporcionalidad o restricción de derechos, por los criterios que finalmente integraron el test.<sup>29</sup> Esta extraña derivación fue enfatizada en el voto de Margarita Luna, quien explicó que no debía analizarse si la restricción era válida para

---

<sup>29</sup> En la sentencia de amparo en revisión 7/2009, la SCJN estableció los siguientes pasos que son más cercanos a un test de restricción que de igualdad: “En primer lugar, es necesario identificar la finalidad de la medida legislativa examinada y su compatibilidad con la Constitución; en segundo lugar, hay que examinar si la distinción puede considerarse una medida *racionalmente adecuada* para la consecución de dicha finalidad, esto es, si existe una objetiva relación medios-fines entre la clasificatoria y el objetivo que la misma persigue; y en tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la *proporcionalidad*: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, lo cual obliga a este tribunal a evaluar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella, pues la persecución de un objetivo constitucionalmente admisible no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos”.

los fines propuestos (test de restricción), sino si había desigualdad porque a los vendedores de cigarrillos se les había establecido esta restricción, y no a los vendedores de cigarrillos y puros (derivados del tabaco).

Finalmente, de acuerdo con la corte colombiana (673/01), la intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad. En estos casos, el test se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, y la idoneidad o adecuación para alcanzar el fin buscado. Por ende, basta con que el fin buscado y el medio empleado no estén constitucionalmente prohibidos, y que el medio escogido es adecuado, es idóneo para alcanzar el fin propuesto.

Para 1937, la corte estadounidense comenzó a aplicar un test estricto de constitucionalidad a las medidas que clasifican a las personas según sus habilidades para ejercer derechos o sobre una base sospechosa. Por ejemplo, en el *caso Korematsu vs. United States*, la corte analiza una ley en la cual se excluye de las zonas costeras a todas las personas con ancestros japoneses para evitar actos de espionaje y sabotaje. Sobre este punto la corte señala:

It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.

El objetivo de enjuiciar las distinciones que afectaban a grupos que tradicionalmente habían sido discriminados, por lo que merecían recibir una protección especial. Además de la existencia de un criterio sospechoso, este escrutinio también se aplica

cuando la norma regula un derecho fundamental y se presume que dicha norma es inconstitucional. Aquí lo que se analiza es si existe una finalidad de promover un interés estatal imperioso y si la relación medios-fines es correcta; es decir, la medida perseguida debe ser un objetivo imperioso para la sociedad o para el Estado; la distinción debe ser indispensable para alcanzar dicho fin (Bernal, s.f.; Sapag, 2008; Conesa, 2010; Insignares y Molinares, 2012) y, de acuerdo con Kelso (2002), en algunas sentencias se analizó que las cargas impuestas no fueran más de las necesarias o que la decisión fuera la alternativa menos restrictiva.

En las sentencias C-673/01 y C-372/11, la corte colombiana desarrolla un test a partir de distintos niveles de intensidad, que son muy parecidas a las esgrimidas en México por la jurisprudencia 37/2008 bajo el rubro IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), así como la sentencia de amparo en revisión 172/2008. En relación con la intensidad estricta, la corte colombiana especifica que si bien el punto de partida es la amplia potestad de configuración del legislador, hay limitaciones constitucionales que justifican la aplicación de un test de mayor intensidad en el escrutinio. En particular, este tipo de test se ha utilizado por la corte colombiana cuando:

- a) Se utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso. Para el caso de México, las categorías sospechosas están enunciadas en el artículo primero constitucional y son: origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, y el estado civil.
- b) La medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discrimi-

- minados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas.<sup>30</sup>
- c) La medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental.
  - d) Cuando se examina una medida que crea un privilegio.
  - e) La Constitución señala mandatos específicos de igualdad, como la equiparación entre todas las confesiones religiosas en el caso de Colombia, o las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, a partir de la protección que especifica la parte final del párrafo correspondiente al derecho a la igualdad y la no discriminación del artículo primero constitucional.<sup>31</sup> En estos casos, los mandatos de igualdad establecidos en la Constitución menguan la libertad de configuración del legislador.

En estos casos —sigue la CCC—: 1) el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso; 2) el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo; 3) el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, donde se exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.

Finalmente, el test intermedio nació en 1972, en un caso que derogó una ley de Massachusetts que prohibía la distribución de contraceptivos a los menores solteros, o a las parejas casadas a

---

<sup>30</sup> Este criterio es específicamente recuperado por la CCC.

<sup>31</sup> Tesis de jurisprudencia 37/2008, emitida por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro y texto: IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

no ser que fuera a través de un farmacéutico o un médico (Araújo, 2006: 861). Este test se aplica frente a regulaciones estatales sobre derechos que no son imperiosos pero sí son importantes (Sapag, 2008); también se ha utilizado para someter a análisis a medidas que inicialmente se consideran afirmativas (Bernal, s.f.: 64), y para el análisis de las distinciones que tienen como base al género, u otras categorías que no son consideradas “sospechosas” por la jurisprudencia norteamericana (discapacidad o edad), pero que sí son consideradas sensibles por lo que requieren una protección especial (Conesa, 2010; Araújo, 2006). En este caso se debe probar la importancia de la finalidad gubernamental en la restricción de derechos; que la medida esté sustancialmente relacionada —que tenga efectividad— con la consecución del fin (Sapag, 2008; Conesa, 2010; Insignares y Molineras, 2012), y que no se establezcan más cargas de las necesarias (Kelso, 2008).

Sobre la intensidad intermedia, en su sentencia 673/01 la corte colombiana estableció que dicho test ha sido empleado cuando:

- a) La medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental.
- b) Cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.

Para la CCC, el test intermedio requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Constitución o en razón de la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Además exige que el medio no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.

En el siguiente cuadro se hace un resumen de los elementos que integran a cada uno de los distintos tres test analizados:

Cuadro 8  
*Niveles de intensidad*

<i>Test</i>	<i>Casos</i>	<i>Objetivos</i>	<i>Causalidad</i>	<i>Cargas</i>
Leve, débil o de relación razonable	Cuándo no se está frente a los otros casos Materias: 1) Económicas 2) Tributarias 3) Política internacional 4) Distribución de competencias 5) Análisis de una normatividad preconstitucional derogada 6) Ausencia de amenaza para el derecho en cuestión	Interés estatal legítimo	Potencialmente adecuado	Que no sean claramente irracionales
Intermedio	Derechos no imperiosos pero importantes Categorías como el género, la discapacidad o la edad Análisis de medidas afirmativas Afectación de un derecho-no fundamental Indicios de arbitrariedad que afectan la libre competencia	Interés estatal importante	Substantivamente adecuado	Que no establezca más cargas de las necesarias

<i>Test</i>	<i>Casos</i>	<i>Objetivos</i>	<i>Causalidad</i>	<i>Cargas</i>
Estricto	Habilidad de las personas para ejercer derechos. Criterio sospechoso. Regulaciones de derechos fundamentales. Grupos en situación de marginación. Medidas que crean privilegios	Interés estatal imperioso	La distinción debe ser indispensable para alcanzar el fin	La decisión es la alternativa menos restrictiva (proporcionalidad en sentido estricto)

Los distintos niveles de intensidad en el escrutinio operan con respecto a la restricción de cualquier derecho, humano o de otro tipo. En la medida que a nosotros nos interesa analizar los test relacionados con derechos humanos, y en este acápite en específico, el derecho a la igualdad y no discriminación, el test que operaría en todos los casos es el de intensidad estricta. Pese a lo anterior, es relevante que conozca los tres distintos niveles de intensidad desarrollados por la corte estadounidense y recuperados —como veremos adelante— por la corte colombiana.

¿Tiene sentido que haya distinta intensidad en el test? Al menos la CCC (C-093/01) ha determinado que sí, ya que la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte del legislador. Ahí donde haya ámbitos en donde el congreso goza de una amplia discrecionalidad de regulación, se esperaría que el control judicial sea menos intenso. En cambio, en aquellos campos en donde la Constitución limita la discrecionalidad del congreso, la injerencia del juez constitucional es mayor y el control constitucional debe ser más estricto.

En el mismo sentido, la SCJN en la sentencia del amparo en revisión 172/2008 estableció que es de gran importancia deter-

minar respecto de qué se está predicando la igualdad, en especial porque la Constitución permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.<sup>32</sup> A esto lo ha denominado como grados de libertad de configuración. De esta forma, los principios democrático y de división de poderes informan la estructura estatal y señalan estos distintos grados de libertad de configuración.<sup>33</sup> Mientras que en algunas cuestiones habrá un margen muy acotado para desplegar sus facultades legislativas, en otras tendrán facultades que podrá llevar a cabo con gran amplitud. De esta forma, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma.

Lo que está detrás de la intensidad es el respeto a la libertad de configuración de los órganos políticos en la ya muy vieja discusión en torno a las posibilidades y límites contramayoritarias del Poder Judicial.

### 3. *Propuesta de integración de la CCC*

En sus resoluciones C-093/01 y C-372/11, la corte colombiana propuso utilizar los tres criterios analíticos del test alemán (adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido), pero cada uno de estos criterios se integrará por distintos niveles de intensidad dependiendo del caso concreto.

---

<sup>32</sup> En la sentencia se utiliza la tesis de jurisprudencia 1a./J. 55/2006, IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

<sup>33</sup> Tesis de jurisprudencia 1a./J. 84/2006, ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, t. XXIV, noviembre de 2006, p. 29

Bajo esta propuesta integrada, el primer paso en la aplicación del test es determinar con qué nivel de intensidad se debe aplicar el test para determinar los criterios y proceder al análisis. Los criterios ya fueron desarrollados en el acápite anterior y pueden ser rápidamente recordados regresando al cuadro 8. Posteriormente, dependiendo del nivel de escrutinio, habría que aplicar los tres criterios del test en los siguientes términos:

- Intensidad estricta:
  - En el criterio de “adecuación” no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura.
  - En el criterio de necesidad, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable.
  - En el criterio de proporcionalidad en estricto sentido, la presencia de restricciones menos gravosas dejan sin sustento constitucional al trato diferenciado.
- Intensidad intermedia:
  - No ejemplifica el criterio de adecuación.
  - En el criterio de necesidad basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria.
  - No ejemplifica el criterio de proporcionalidad en estricto sentido.
- Intensidad baja:
  - No ejemplifica el criterio de adecuación.
  - No ejemplifica el criterio de necesidad.
  - No ejemplifica el criterio de proporcionalidad en estricto sentido.

Lamentablemente en esta propuesta de integración de los test alemán y estadounidense, la CCC no hace una sistematización más acabada sobre cuáles son los contenidos más específicos de cada una de las categorías que integran el test, dependiendo el nivel de intensidad.

Pese a lo anterior, en el voto particular de María Victoria Calle en la sentencia C-372/11 de la corte colombiana, la magistrada da algunos elementos que nos ayudan a llenar los huecos. Explica que, pese a que en el caso concreto se aplicaría un nivel de intensidad intermedio, la corte termina aplicando uno estricto. El caso se refiere al aumento de salarios mínimos como criterio para acceder al recurso de casación en materia laboral. El principal argumento del legislador para este aumento fue descongestionar la justicia laboral. Respecto a la idoneidad, la corte decidió que la medida determinada para descongestionar la justicia laboral no cumplía con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, ya que existían medidas alternativas para ello. La magistrada argumenta que la inexistencia de medidas alternativas es propia del test a un nivel estricto. En cambio, en su nivel intermedio —y suponemos que también leve— basta con que haya una relación de idoneidad (causalidad), pese a la existencia de alternativas menos gravosas, debido a que esto es parte de la libertad configurativa que tienen los poderes representativos.

### III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

En el test de igualdad tenemos abiertamente tres metodologías o estrategias de análisis: el test de igualdad propuesto por la corte alemana, los escrutinios de distinta intensidad propuestos por la corte estadounidense, y la propuesta de integración de la corte colombiana. Partiré de esta última para proponer las categorías o criterios que deben integrar un test de igualdad. No paso por alto que hay autores que no estarían de acuerdo con utilizar en ningún sentido un test leve o intermedio cuando lo que está en juego son derechos (Araújo, 2006). Para salvar este punto, se deja claro que cuando la distinción afecta derechos humanos, el tipo de test que se debe realizar será siempre uno de intensidad estricta.

## Cuadro 9

### *Criterios del test de igualdad*

- 1) Determinación del tipo de escrutinio: estricto, intermedio o débil.
  - a) Estricto: cuando está de por medio una clasificación sospechosa relacionada con las prohibiciones de discriminación; cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías aisladas; cuando la medida *prima facie* afecta el goce de un derecho humano, y cuando se examina una medida que crea un privilegio (CCC, C-673/01).
  - b) Intermedio: cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia (CCC, C-673/01).
  - c) Débil: cuando se enjuician medidas que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente, y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión (CCC, C-673/01).
- 2) Legitimidad del objetivo de la diferenciación.
  - a) Estricto: el objetivo debe ser imperioso.
  - b) Intermedio: el objetivo no es imperioso, pero sí es relevante.
  - c) Débil: el objetivo es acorde a la libertad configurativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

- 3) Adecuación o idoneidad causal.
  - a) Estricto: el trato diferenciado debe ser la medida más idónea.
  - b) Intermedio: el trato diferenciado debe ser sustancialmente idóneo.
  - c) Débil: la medida debe tener algún grado de idoneidad.
- 4) Necesidad (en cualquier intensidad, no deben existir alternativas menos gravosas).
- 5) Proporcionalidad en estricto sentido
  - a) Estricto: en el balanceo se debe generar una equivalencia entre la diferenciación y el objetivo imperioso.
  - b) Intermedio: en el balanceo se debe generar una equivalencia entre la diferenciación y el objetivo relevante.
  - c) Débil: en el balanceo se debe generar una equivalencia entre la diferenciación y el objetivo que buscan los poderes ejecutivo y/o legislativo en el ejercicio de su libertad configurativa.

#### IV. OTROS ASPECTOS DEL TEST

Un aspecto sobresaliente que recupera la CCC en su sentencia T-789/00 es que no basta con recuperar la idea de igualdad y no discriminación en abstracto, la igualdad en términos de derechos, de situación jurídica, la igualdad política (una persona un voto), o la igualdad moral (igualdad intrínseca y principio categórico de la igualdad). Se necesita prestar atención a lo que la CCC en ese caso denominó la igualdad real y efectiva.

En el caso T-789/00 no se había permitido que una niña de 14 años se inscribiera en el colegio debido a que su edad no era acorde con el año que quería cursar porque perdió un año escolar por un embarazo. En cambio, el colegio ofreció a la niña (y a su madre) que se inscribieran en el turno nocturno que era cursado por personas mayores. Más allá del argumento desarrollado en el caso concreto por la CCC, aquí interesa resaltar

la parte específica donde la corte señala que la estudiante cuya matrícula rechazaron los colegios oficiales demandados, es una madre soltera menor de edad, que se encuentra por ese hecho en circunstancia de debilidad manifiesta, y pertenece a un grupo tradicionalmente discriminado. En lugar de negarle el acceso a la prestación del servicio público de la educación, se le debió garantizar de manera especial su acceso y permanencia en el sistema educativo, como mecanismo idóneo para lograr en este caso la igualdad real y efectiva, propiciando la igualdad de oportunidades en beneficio de la madre menor y de su hijo.

Finalmente, de acuerdo con Vivas (2012: 43), el test integrado elaborado por la corte colombiana ya no sólo se aplica al análisis de probables violaciones al derecho a la igualdad y la no discriminación, sino a todos los casos en los que esta herramienta sea útil, independientemente del derecho que se pretenda regular. Si bien las presunciones, carga de la prueba y elementos que integran el test permitirían esto, los criterios a partir de los cuales se determina un test estricto siguen guiando a la identificación del derecho a la igualdad y no discriminación como el que tendría mayor protección, en detrimento de otros derechos que, siendo humanos, podrían caer en los test leve o intermedio. Además, si bien este test recupera varios aspectos de los que integran el test de restricción, hay otros que no son analizados, como la necesidad de que el objetivo de la restricción sea propio para una sociedad democrática, o que la restricción no lleve a la anulación del derecho. Por ende, hay una mayor protección en el test de restricción desarrollado en el acápite anterior, por lo cual es relevante mantenerlo para cualquier intento de restricción a un derecho humano distinto al de la igualdad y la no discriminación (en este mismo sentido, véase Araújo, 2006).