Metodologías

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Convergencias y divergencias

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil
Coordinadores

Suprema Corte de Justicia de la Nación
Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
I070
T477t

El test de proporcionalidad : convergencias y divergencias / coordinadores Diana Beatriz González Carvallo, Rubén Sánchez Gil ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; [autores] Barak Aharon [y otros trece] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (xxvii, 549 páginas ; 23 cm.). -- (Metodologías)

ISBN 978-607-552-192-3

Material disponible en PDF

Contenido: Una agenda de investigación para el futuro / Aharon Barak – Proporcionalidad y juicio constitucional en México / Rubén Sánchez Gil – Comentario al artículo "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", de Rubén Sánchez Gil / María Inés Pazos – El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad : un estudio de la dogmática alemana / Arnulfo Daniel Mateos Durán – La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Frida Daniela Ibarra Olguín – La estructura de la finalidad legítima / Víctor Jesús Castañeda Rojo – Necesidad y ponderación / Martin Borowski -- Un modelo alternativo para la ponderación jurídica / María Inés Pazos – Proporcionalidad en su sentido estricto y medición de la intensidad de las restricciones a los derechos fundamentales / Jorge Silva Sampaio – Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer / Matthias Klatt – Asimetría constitucional y los límites de la ponderación : una nota crítica a la postura de Matthias Klatt / Miguel Ángel García Godínez – Comentario a "Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer" / Bernardo Gallegos – Entonces, ¿cuál es el verdadero legado de Oakes? : dos décadas de análisis de proporcionalidad bajo la sección 1 de la Carta Canadiense / Sujit Choudhry – Proporcionalidad e igualdad / Vicki C. Jackson

1. Test de proporcionalidad – Metodología – Estudio de casos 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Jurisprudencia – Análisis 3. Principio de proporcionalidad – Normas constitucionales – Estudio de casos – México 4. Derechos fundamentales – Intervención judicial – Alemania 5. Ponderación – Teoría 6. Derechos fundamentales I. González Carvallo, Diana Beatriz, coordinador II. Sánchez Gil, Rubén, 1975- , coordinador III. Aharon, Barak, 1936- , autor IV. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. ser.
LC K3370

Primera edición: abril de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Proporcionalidad e igualdad*

Vicki C. Jackson

* Texto publicado originalmente como "Proportionality and equality", en Jackson, V. y Tushnet, M. (eds.) (2018), *Proportionality: new frontiers, new challenges*, pp. 148-170, Cambridge, Cambridge University Press. Traducido al español por Gabriela Gutiérrez Dávila con autorización de la autora.

Sumario: A. Toma de decisiones de los poderes Legislativo y Ejecutivo; B. Beneficios de la doctrina de la proporcionalidad para juzgar demandas de igualdad; C. Desafíos en la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad a las demandas de igualdad; D. Hacia una mayor proporcionalidad en los estándares de revisión.

La proporcionalidad es tanto un principio legal como una doctrina legal.[1] El principio es relevante para los legisladores y para quienes ejecutan las leyes al implementar normas constitucionales de igualdad, como se discute en la sección A de este texto, así como para el control judicial de las demandas de igualdad. Aplicada de forma consciente, la doctrina de la proporcionalidad puede generar información sobre la naturaleza y la estructura de la desigualdad que de otro modo podría eludir a los jueces (u otros tomadores de decisiones) que razonan sólo por medio de categorías existentes o de la intuición, desafiando lo que es aceptado como "natural".[2] También puede ser una herramienta para revelar motivaciones maliciosas[3] y un marco útil para el análisis contextual detallado

[1] Véanse Jackson (2015, pp. 3094 y 3098-99), *id.* pp. 3106-10 (en las que se sugiere también que la gobernanza proporcional es una meta para el constitucionalismo).

[2] Acerca de los peligros de una aceptación demasiado rápida de lo que parece ser "natural", véase, por ejemplo, Resnik (1991, p. 1682); *cf.* Ford-Mazrui (2011, p. 281) (en la que se explica el escepticismo sobre la "tradición" como una justificación para la discriminación por su "utilidad especulativa, atractivo retórico y manipulabilidad", lo que puede ocultar actitudes maliciosas).

[3] La doctrina de la proporcionalidad ha sido comparada con "el escrutinio estricto", el cual tiene también la función de buscar motivos maliciosos. Véase *Johnson v. California*, 543 U.S. 499, 506

de los intereses gubernamentales declarados y para la consideración más transparente de valores constitucionales e intereses gubernamentales en competencia, como se examina en la sección B.

Sin embargo, la doctrina de la proporcionalidad no puede por sí misma proveer respuestas para algunas de las preguntas normativas más importantes planteadas en las demandas de igualdad. Como se discute en la sección C, esto incluye el desafío de definir *prima facie* violaciones a normas legales de igualdad, los desafíos particulares de definir el "universo de comparación" apropiado y algunas de las complejidades de los problemas planteados por los intereses de terceros típicamente afectados en las impugnaciones de igualdad.

En conclusión, en la sección D se argumenta que la proporcionalidad, como un principio, debería conducir al debilitamiento de la rigidez de los conocidos niveles de revisión del análisis de la protección igualitaria utilizado en Estados Unidos de América. Un enfoque categórico para el análisis de la protección igualitaria más contextualizado y menos rígido, que busca razones con mayor peso para prácticas más propensas a tener efectos serios inconsistentes con los compromisos constitucionales de igualdad y equidad, podría producir no sólo más igualdad hacia la cual apunta la Constitución, sino también una doctrina más coherente.

A. Toma de decisiones de los poderes Legislativo y Ejecutivo

Si la proporcionalidad es un principio de justicia, es importante que informe las decisiones de los actores de los poderes Legislativo y Ejecutivo,

(2005) ("Se aplica el escrutinio estricto a todas las clasificaciones raciales para "poner en evidencia" usos ilegítimos de la raza asegurando que el [gobierno] persiga un objetivo lo suficientemente importante como para garantizar el uso de una herramienta altamente sospechosa" (citando *Ciudad de Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 493 [1989]). La doctrina de la proporcionalidad difiere del escrutinio estricto en la medida en la que su lenguaje formal parece requerir más que un propósito legítimo del gobierno (convincente) y que tampoco incluye la "proporcionalidad como tal".

incluso las que no están sujetas al control judicial o sólo a la revisión altamente deferente. De acuerdo con la estructura formal del análisis de la protección igualitaria estadounidense, la mayoría de las impugnaciones sobre la clasificación legislativa están sujetas únicamente a un escrutinio con "base racional", el cual puede realizarse suponiendo que los legisladores hayan actuado por cualquier motivo racional concebible que podría ser fomentado para apoyar la clasificación.[4] Con ese estándar, sería fácil defender la legislación que se promulgó para fines no públicos.[5]

Es posible que el escrutinio racional sea más riguroso conscientemente al enfocarse, por ejemplo, en los verdaderos propósitos legítimos de la legislación en lugar de en cualquier propósito hipotético concebible.[6] Pero hasta que suceda, es importante tener en cuenta que las preguntas que hacen los tribunales en esos casos están condicionadas por su entorno institucional al menos de dos maneras. Primero, los tribunales no son legislaturas electas, empoderadas para hablar por el público en general y hacerlo para equilibrar las consideraciones políticas, a menudo, en competencia. Segundo, como lo ha sugerido recientemente Tara Grove (2016, p. 475), la doctrina de "niveles" de escrutinio podría ser, en parte, una adaptación a la gran cantidad de tribunales con jurisdicción para decidir cuestiones constitucionales en Estados Unidos, un esfuerzo por medio de categorizaciones presuntivas sobre- y subinclusivas para reducir la tasa de error de los tribunales inferiores y así lograr una mayor coherencia en la ley.

Sin embargo, en la medida en que estas consideraciones están en juego, los legisladores podrían pedir más de sí mismos que los tribunales. Los legisladores pueden hacerse preguntas sobre su propio propósito real; sin duda, sus capacidades para pensar bien sus propios motivos son al menos

---

[4] Véase, por ejemplo, *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma Inc.*, 348 U.S. 483, 487-88 (1955).

[5] Véanse, por ejemplo, Barnett . (2014, pp. 903 y 917-918); Mathews y Stone Sweet 797 (2011, pp. 837-844) (en el cual se describe el uso de la Corte de la revisión con base racional como una "abdicación").

[6] Véanse, por ejemplo, Chemerinsky (2016, p. 401; 1989, pp. 73-74) (en el último se argumenta que un marco de escrutinio racional más matizado permitiría una mayor discusión y análisis de intereses en competencia en casos relacionados con los derechos fundamentales y la protección igualitaria).

tan altas como las de los ciudadanos promedio; un propósito posiblemente "ilegítimo" de perjudicar a un grupo económico podría volverse a entender como "legítimo" por algún motivo racional de tratar de ayudar a los grupos competidores. Aun así, debería existir algún motivo racional de orden público por el que sea beneficioso ayudar a un grupo en lugar de a otro, aparte de las razones egoístas de obtener contribuciones para la reelección.[7] Incluso si los tribunales no investigan el motivo real, se puede alentar a los legisladores a actuar con fines de espíritu-público y a considerar la proporcionalidad de la legislación a medida que negocian los compromisos complejos. Se podría esperar, razonablemente, que los legisladores consideren si la legislación coercitiva interfiere lo menos posible con los ámbitos beneficiosos de la libertad privada (incluso si los tribunales no hicieran esa investigación por sí mismos)[8] y si, al proporcionar beneficios, es probable que las líneas trazadas funcionen en detrimento desproporcionado de grupos ya muy desfavorecidos y para tratar de evitar esos efectos (incluso si los tribunales mantuvieran la mayoría de las clasificaciones como "racionales").

En cuanto a los funcionarios ejecutivos, también se podría esperar que ellos apliquen consideraciones de proporcionalidad —actuando por una razón legítima, de manera que, sin una buena causa, traten a las personas de diferente o interfieran de forma innecesaria con sus libertades—. La doctrina de la proporcionalidad ha sido utilizada durante años por los abogados del Poder Ejecutivo con respecto a las preguntas *ius in bello*: la aplicación del derecho de guerra a las decisiones que involucran objetivos militares con posible pérdida de vidas civiles involucra proporcionalidad.[9] También se puede entender que los requisitos de "razonabilidad"

[7] Pero *cf.* Doran (2014, pp. 555-559) (en el que se describe la literatura que observa la política fiscal en el Congreso, esencialmente impulsada por contratos entre los legisladores y grupos de interés).
[8] Por tanto, en contextos como *Autoridad de Tránsito de la Ciudad de Nueva York v. Beazer*, 440 U.S. 568 (1979), los hacedores de políticas legislativos o ejecutivos se deberían preguntar a sí mismos si al excluir de los empleos a los usuarios de narcóticos realmente necesitan excluir a todas las personas que reciben tratamiento con metadona —incluso si los tribunales de revisión no aplican el análisis de medios menos restrictivo—.
[9] Véase, por ejemplo, Solis (2010, pp. 272-285).

del comportamiento administrativo, familiares a la ley, abarcan algunos, si no es que todos, los elementos de la doctrina de la proporcionalidad.[10]

En resumen, debemos esperar que los legisladores y los actores del Poder Ejecutivo actúen de manera sensible a la protección de los valores constitucionales. Esto significa intentar restringir los intereses protegidos por esos valores no más de lo necesario, y considerar si cuando actúan los beneficios de la acción valen la pena a la luz de los daños ocasionados a los intereses protegidos por los derechos constitucionales. Pero dada la complejidad de la legislación moderna y las condiciones desafiantes bajo las cuales se promulgan las leyes en las democracias heterogéneas, la capacidad de cualquier legislador para asegurar la proporcionalidad de la legislación que él o ella apoya es bastante limitada. Por esta razón (entre muchas otras), los tribunales seguirán teniendo un papel importante para garantizar la proporcionalidad.

B. Beneficios de la doctrina de la proporcionalidad para juzgar demandas de igualdad

La doctrina de la proporcionalidad, como estructura formal, existe en muchas jurisdicciones. Aunque con algunas diferencias en la formulación, los elementos generales son bien conocidos. Cuando se cuestiona una ley por violar un derecho constitucional, el tribunal primero analiza si existe una infracción *prima facie*. Suponiendo que se encuentre tal infracción, la pregunta es si la intrusión está justificada. En Canadá, las infracciones a los derechos de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades deben ser "demostrablemente justificadas en una sociedad libre y democrática"

[10] En Estados Unidos, los tribunales revisan si la actuación administrativa fue "arbitraria y caprichosa", un estándar que requiere una consideración razonada de las alternativas, pero no que las agencias elijan necesariamente los tribunales alternativos que consideran preferibles. Véase, por ejemplo, *F.E.R.C. v. Electric Power Supply Co.*, 136 S Ct 760, 782–84 (2016). En Canadá, la Corte, mientras revisaba inicialmente la actuación administrativa bajo el estándar de proporcionalidad, *Multani v. Commission Scolaire Marguerite- Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256, recientemente, decidió revisar bajo un estándar de razonabilidad del derecho administrativo general, que estaba en "armonía conceptual" con el análisis de proporcionalidad. *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 SCR 395, 57.

(sección 1) para ser sostenidas, lo cual es un estándar analizado a través de la doctrina de la proporcionalidad.

En Canadá, el análisis justificativo de la doctrina de la proporcionalidad comienza considerando si el propósito de la ley que constituye una presunta interferencia con los derechos es en sí consistente con los objetivos de una sociedad libre y democrática. Esta pregunta inicial no tiene nada que ver con la "proporcionalidad" como se entiende comúnmente.[11] Sería ilegítimo el propósito de dañar o degradar a un grupo basado en características descriptivas tales como raza, etnia o género; una ley cuyo propósito es ilegítimo fracasará sin alguna otra consulta.

Asumiendo un propósito legítimo, la siguiente pregunta es si los medios elegidos (que constituyen una interferencia con el alcance presuntivo de un derecho) están conectados al propósito de forma racional. Normalmente, en esta etapa no se tiene consideración de la gravedad del propósito del gobierno, suponiendo que sea legítimo. Como no es sorprendente, los gobiernos generalmente pueden articular tanto un propósito legítimo como una conexión racional entre los medios y el propósito.

La buena fe del propósito articulado puede ser probada por el siguiente elemento de la doctrina de la proporcionalidad, en particular, el requisito de "mínima interferencia" del derecho. ¿Es la restricción "necesaria" para lograr el propósito del gobierno o hay formas de lograr ese propósito que se entrometerá menos en el ámbito del derecho protegido? Después de esta pregunta sobre la interferencia mínima, viene la última pregunta de "proporcionalidad como tal": incluso si un esquema es de "mínima interferencia" con relación a los objetivos del gobierno, ¿son los beneficios para lograr esos objetivos de peso suficiente para justificar la intrusión en un área protegida por los derechos? Esta investigación de "propor-

[11] Aunque las formulaciones iniciales de los estándares de la sección 1 sugirieron que algunos propósitos nunca son suficientemente importantes como para justificar intrusiones en los derechos, véase *R. v. Oakes*, [1986] 1 SCR 103, la jurisprudencia posterior no lo ha indicado así.

cionalidad como tal" es uno de los valores. Son al menos cuádruples los propósitos cumplidos al hacer estas preguntas.

Expresando la importancia de los derechos. Primero, se puede entender que las pruebas de mínima interferencia o necesidad expresan respeto por la importancia de los intereses protegidos por los derechos, asegurando que éstos se vean afectados por las necesidades sociales sólo cuando sea necesario. Al respecto, se entiende que tales exámenes toman en serio los intereses protegidos por los compromisos de una gobernanza justa y libre, incorporados en los principios del debido proceso, igualdad y libertad de expresión. Esto sería consistente con el concepto de "optimización" de los derechos constitucionales como principios —desarrollado por Alexy (2002)—.

Examinando la autenticidad del objeto afirmado. Un segundo propósito del examen de interferencia mínima es revelar que el propósito afirmado no es genuino o está mezclado con uno menos legítimo. El incumplimiento del uso de un enfoque obviamente menos perjudicial puede poner en duda si el propósito afirmado en realidad está motivando una clasificación. Las decisiones basadas en el incumplimiento de los requisitos de "interferencia mínima" o de necesidad permiten a los tribunales invalidar las leyes motivadas por propósitos maliciosos,[12] sin tener que confrontar de forma directa el motivo de la legislatura.

Se ilustrará el ejemplo de un propósito especial de la ley antidiscriminación de Estados Unidos —el principio constitucional que establece que los estados no pueden discriminar los productos o servicios de otros estados—. En *Filadelfia v. Nueva Jersey*[13] la Corte revocó una ley estatal

[12] Para tener un ejemplo de un caso que pretende aplicar un control con base racional, véase *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 635 (1996) (en el cual se establece que, con respecto a los supuestos propósitos del estado de proteger la libertad religiosa de los propietarios y conservando recursos para luchar contra otros formas de discriminación, "la amplitud de la Enmienda [que prohibió a todas las jurisdicciones dentro del estado, adoptar cualquier disposición para proteger a las personas de la discriminación basada en la orientación sexual] está tan alejada de estas justificaciones particulares que resulta imposible acreditarlas").

[13] *Ciudad de Filadelfia v. Nueva Jersey*, 437 U.S. 617 (1978).

que prohíbe la eliminación de residuos de otros estados. La ley fue defendida por motivos ambientales. Pero la Corte consideró que, para fines ambientales, no importaba de dónde provenían los desechos; si bien el estado podía limitar la cantidad de desechos que se eliminaba en Nueva Jersey, éste no podía hacerlo discriminando los de otros estados. No importaba si el propósito era "proteccionista", como argumentaban los demandantes, o ambiental, como instaban sus defensores;[14] el significado implícito de la ley era discriminar los desechos foráneos y esto estaba prohibido, a menos que hubiera una buena razón, aparte de su carácter foráneo, para tratar esos desechos de manera diferente y con independencia de la buena fe del propósito ambiental.[15] El enfoque de la Corte en los medios utilizados le permitió evitar la impugnación de los motivos del estado y, al mismo tiempo, restringir los efectos discriminatorios de la ley.

El aspecto final de la doctrina, "la proporcionalidad como tal", se pregunta si, incluso si se utilizan medios mínimamente perjudiciales, las ganancias hacia un objetivo importante son probablemente suficientes para garantizar la intrusión en los derechos. Su uso puede agregar claridad analítica: sin tal paso, algunos tribunales combinan la evaluación de la importancia del propósito del gobierno con el examen de medios menos restrictivos, aceptando a éstos como los métodos que lograrán, hasta cierto punto, pero no completamente como el elegido, el objetivo del gobierno.[16]

Dieter Grimm (2007, pp. 383-396) ilustra la utilidad teórica de este examen adicional, más allá de la mínima interferencia, con su caso hipotético de una ley que autoriza a los propietarios a usar la fuerza letal si no

[14] Véase *id*. pp. 617, 626-27 ("Cualquiera que sea el propósito final de Nueva Jersey, no puede lograrse discriminando los artículos de comercio que provienen de fuera del Estado, a menos que haya alguna razón, independiente de su origen, para tratarlos de manera diferente").
[15] *Id*. pp. 626-27. En contraste, en *Maine v. Taylor*, 477 U.S. 131 (1986), la Corte confirmó una ley estatal que prohíbe la importación de peces carnada. Los peces carnada de fuera del estado albergaban un parásito peligroso para los ecosistemas locales, y no existía una forma precisa de eliminar esos parásitos; el propósito medio-ambiental de buena fe sólo podría lograrse prohibiendo el pescado foráneo.
[16] Véase Jackson (2015, p. 3116).

hay otra manera de proteger su propiedad.[17] Aunque, por definición, hubiera una "interferencia mínima" (suponiendo que no haya otra forma de proteger la propiedad), la intuición a la que este caso hipotético apela es que la protección de la propiedad nunca puede "valer" más que la vida —proteger la vida siempre será visto como un valor más alto que la protección de la propiedad—. En el caso hipotético de Grimm, al parecer, existía un consenso de valores. Pero esto puede no ser siempre así; no todas las sociedades tienen un consenso del valor sobre la importancia relativa de los diferentes derechos.[18]

Aclaración de valor, revelando suposiciones estereotipadas o injustas sujetas a la crítica. Reconociendo esto, sugiero que la aclaración del valor es un tercer propósito del examen de proporcionalidad. Exigir un enfoque estricto en la relación de medios y fines puede funcionar para revelar el papel de los estereotipos y suposiciones en las leyes existentes y, por tanto, ayudar a disipar el consenso existente y avanzar hacia otros nuevos. Incluso sin evidencia de intenciones maliciosas, los supuestos de que cierto estado de cosas es "natural" o "verdadero" pueden ser correctos, pero refuerzan las jerarquías dañinas y, por tanto, en la reflexión, insuficientes para apoyar distinciones familiares.

Frontiero v. Richardson presenta un ejemplo clásico.[19] Ahí, la Corte invalidó una ley que presuponía (para la elegibilidad de beneficios médicos y para vivienda) que las cónyuges femeninas dependían de miembros militares masculinos, pero exigía que los cónyuges masculinos demostraran que, en realidad, ellos dependían en más de la mitad de su manutención del miembro militar femenino. La mayoría señaló que aunque muchas leyes se basaban en estereotipos sexuales y el tribunal inferior había aceptado la conveniencia administrativa como una base suficiente para el trato

[17] Véase Schlink (2012, pp. 291-293) (en el cual se proporciona el ejemplo de una persona coja que le dispara a un niño que está robando manzanas).
[18] Si una legislatura democrática promulga una ley que afirma ser desproporcionada, los tribunales necesitarán fuertes razones, basadas en la jerarquía de valores constitucionales, para estar en desacuerdo.
[19] 411 U.S. 677 (1973).

diferenciado, el sexo "con frecuencia no tiene relación con la capacidad de realizar o contribuir". De hecho, "las distinciones legales entre los sexos, a menudo, tienen el efecto de relegar maliciosamente a toda clase de mujeres a un estatus legal inferior sin tener en cuenta las capacidades reales de sus miembros individuales".[20] Aplicando un escrutinio estricto, la mayoría consideró que el reclamo de conveniencia administrativa era una justificación insuficiente.[21]

Aunque no está fraseado en estos términos, se puede entender que el razonamiento de la mayoría descansa en la mínima interferencia y en la proporcionalidad como tal. Se redactó que el gobierno no había demostrado que en realidad estaba ahorrando dinero al evitar una evaluación individualizada para las dependientes femeninas (o al exigir esto sólo a los hombres);[22] podría haber suficientes esposas de miembros masculinos para quienes la presunción de dependencia no era aplicable, por lo que la justificación de ahorro del gobierno no sería la forma menos inconsistente con la igualdad de ahorrar dinero o "necesaria" para hacerlo. De forma alternativa, el razonamiento de la mayoría puede haberse basado en un tipo de juicio de valor que puede incorporarse en la etapa final del análisis de proporcionalidad, en la medida en que la mayoría daba a entender que, dado lo dañino que los estereotipos sexuales habían sido para las mujeres, la conveniencia administrativa no era una razón suficientemente fuerte para justificar cualquier delimitación basada sólo en el sexo.[23]

El escrutinio cuidadoso de las razones de una clasificación impugnada como discriminatoria puede revelar su injusticia. En *Obergefell v. Hodges*,[24] la Corte determinó que las leyes que limitaban el matrimonio a las personas del sexo opuesto no se basaban en un argumento suficiente para

[20] *Id.* pp. 686-687.
[21] *Id.* pp. 690-691.
[22] *Id.* pp. 689-690.
[23] Id. p. 690. Véase, también, pp. 180-83.
[24] 135 S Ct 2584 (2015).

justificar el daño impuesto. "La limitación del matrimonio a parejas del sexo opuesto puede haber parecido, durante mucho tiempo, natural y justa, pero ahora es evidente su inconsistencia con el significado central del derecho fundamental al matrimonio".[25] La razón por la cual la inconsistencia es "ahora" manifiesta, se debe a años de organización, debate y, sí, decisiones judiciales, en las que se analizan las diversas razones ofrecidas para la distinción que una vez parecía "natural" pero que, en la reflexión, no era consistente con los valores de la justicia constitucional de libertad e igualdad.[26]

Aclaración de valor, proporcionando un marco para una evaluación más contextualizada de los propósitos del gobierno. La etapa final de la ponderación de la proporcionalidad dispone un marco para analizar si un propósito particular del gobierno justifica salidas de un supuesto ámbito de derechos. El mismo interés gubernamental abstracto puede tener un peso relativo diferente en contextos diferentes.

Considere el interés del gobierno en el ahorro de costos administrativos. Al evaluar las reclamaciones procesales de debido proceso, los costos de los procedimientos adicionales pueden ser muy relevantes para la cuestión constitucional. Según *Mathews v. Eldridge*,[27] si el debido proceso (en casos no penales) requiere un procedimiento particular, esto implica ponderar el interés privado en juego contra el costo adicional del gobierno de proporcionar el procedimiento y el valor relativo a éste para contribuir a la resolución precisa de la cuestión. En tal contexto, la Corte ha concluido que no siempre es necesario designar un abogado para los padres indigentes en los procedimientos para terminar con el estatus parental, sino que la evidencia siempre debe cumplir con un estándar "claro y convincente" antes de hacerlo.[28] Estos dos resultados pueden reflejar,

[25] *Id.* p. 2602.
[26] Así, por ejemplo, justificar la exclusión de las parejas del mismo sexo porque no podían procrear, aparentemente, significaría que la prohibición debería extenderse a las parejas de sexo opuesto infértiles. *Id*. p. 2606.
[27] Véase *Lassiter v. Dep't de Soc. Servs. of Durham Cty., NC*, 452 U.S. 18, 27 (1981) (en el cual se discute el examen de *Mathews v. Elridge*, 424 U.S. 319 (1976)).
[28] Véase *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745, 757-58 (1982); *Lassiter*, 452 U.S. en 32-33.

en parte, los costos de nombrar un abogado en cada procedimiento de terminación, en comparación con los de adherirse al estándar claro y convincente.

Sin embargo, en casos penales, la Corte ha sido más vacilante en sugerir que se permita que los costos anulen derechos procesales importantes, aunque el grado de daño sufrido por el titular de los derechos puede ser relevante para los procedimientos requeridos. Por tanto, se debe nombrar un abogado para los indigentes que enfrentan encarcelamiento en sus juicios penales; pero no existe tal derecho cuando el acusado no está en prisión.[29] Cuando por derecho se presenta una apelación, el Estado debe nombrar un abogado y, en algunos casos, como el de los presos indigentes, si es necesario, asumir el costo de las transcripciones.[30] Esta línea de casos combina las preocupaciones por la igualdad entre los acusados indigentes y no indigentes con las preocupaciones por los derechos procesales importantes para la legitimidad del encarcelamiento impuesto por el Estado, especificando las circunstancias en las cuales deben incurrir en costos adicionales para proteger un derecho procesal fundamental sin tener en cuenta la probabilidad de que el resultado difiera o los méritos subyacentes del reclamo. Pero en casos civiles, las preocupaciones por los costos pueden jugar un papel más importante. En términos de la "proporcionalidad como tal", el interés del gobierno en procedimientos eficientes se hace más grande —tiene mayor peso relativo— en contextos civiles que en criminales.[31]

---

[29] Véanse *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) (en el cual se sostiene que los acusados indigentes en procedimientos penales en un tribunal estatal tienen derecho a que se les nombre un abogado); *Scott v. Illinois*, 440 U.S. 36 (1979) (en el cual se establece que los acusados criminales indigentes tienen derecho a que se les nombre un abogado sólo si están sujetos a un periodo de prisión); *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 36-37 (1972) (en el cual se sostiene que ninguna persona indigente puede ser privada de su libertad sin la asistencia de un abogado designado).

[30] Véase nota superior 33; *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12, 17-18 (1956) (Black, J., por mayoría) (en el cual se sostiene que negarse a proporcionar una transcripción gratuita a los acusados indigentes, necesaria para presentar por derecho una apelación, violó las cláusulas de debido proceso y de protección igualitaria, ya que la pobreza no estaba racionalmente relacionada con la culpa, la inocencia o los méritos de las apelaciones).

[31] Los asuntos administrativos también se han tratado como intereses legítimos del gobierno que justifican la intrusión en áreas normalmente protegidas por los derechos constitucionales en el

Regresando a los casos de igualdad, recuérdese que la mayoría en Frontiero concluyó que una clasificación legal entre hombres y mujeres justificada por razones de "mera conveniencia administrativa" no podría sobrevivir a un escrutinio constitucional estricto. Pero incluso esa mayoría no descartó clara y enteramente las justificaciones administrativas,[32] por lo que es discutible si se dejó abierta la posibilidad de que la conveniencia administrativa, en algunos casos, o cuando se combina con otras razones, sea suficiente. Y en un caso reciente de igualdad de género, los asuntos de conveniencia administrativa desempeñaron un papel importante en la defensa de la clasificación de género frente a una reclamación constitucional.

En *Nguyen v. INS*,[33] la Corte confirmó una ley que establecía una clasificación de género con el propósito de transmitir la ciudadanía estadounidense: los y las menores nacidos en el extranjero cuyos padres son ciudadanos estadounidenses podrían convertirse en ciudadanos sólo si cumplían requisitos más allá de los aplicables a menores nacidos en el extranjero de madres ciudadanas estadounidenses, incluyendo el reconocimiento de la paternidad antes de que el o la menor cumpliera 18 años. Nguyen era un niño nacido en el extranjero de madre no estadounidense, pero criado en Estados Unidos por su padre, ciudadano estadounidense desde los seis años de edad; el padre trató de formalizar su paternidad sólo después de que el niño, de poco más de 20 años, fue condenado por un delito y se enfrentó a la deportación.[34] Al defender la

---

contexto de la administración penitenciaria. Véase *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 89, 93 (1987) (en el cual se declara que "cuando una regulación de la prisión incide en los derechos constitucionales de los reclusos, la regulación es válida si está razonablemente relacionada con intereses penológicos legítimos", y mantiene una prohibición en la correspondencia de preso a preso, debido a los riesgos de seguridad que tal correspondencia plantea, y el alto costo agregado y la "carga absoluta" de implementar la revisión individual de las cartas).

[32] 411 U.S. en 690 (en el cual se señala que "cuando ingresamos al ámbito del 'escrutinio judicial estricto', no puede haber duda alguna de que la 'conveniencia administrativa' no es una doctrina anticuada, cuya mera recitación dicta la constitucionalidad"); también, Engles (1985, pp. 149 y 159-60) (en el cual se considera como ambigua a la mayoría en *Frontiero* respecto a si la demostración de conveniencia administrativa no era lo suficientemente fuerte o si las razones administrativas nunca son suficientes para justificar el uso de una clasificación sospechosa).

[33] 533 U.S. 53 (2001).

[34] *Id.* p. 57.

norma de género que prohíbe a Nguyen la ciudadanía, la Corte consideró que estaba respaldada por razones suficientes basadas en los diferentes papeles de las madres y los padres para asegurar lazos genéticos y en las oportunidades para desarrollar una relación significativa (dado que las madres están presentes en el nacimiento).[35] Al rechazar los argumentos que consideraban que la distinción reforzaba la discriminación de género y que la presencia de lazos genéticos y la realidad de una relación podía determinarse en audiencias individuales, la Corte explicó que el Congreso no estaba obligado a proporcionar investigaciones individualizadas, pero podía promulgar, como lo hizo, "un *esquema fácil de administrar* para promover el […] interés sustancial de garantizar al menos una oportunidad para que se desarrolle una relación padre-hijo-hija".[36] La Corte, entonces, concluyó que los intereses del gobierno, incluida la conveniencia administrativa, superaron los intereses sobre la igualdad de los reclamantes, rechazando implícitamente un enfoque alternativo "menos restrictivo" o, de forma alternativa, tratando a la conveniencia administrativa como un interés importante que justifica las clasificaciones de género bajo "escrutinio intermedio".

No conozco algún caso moderno en el que la Corte haya aceptado la comodidad o los costos administrativos como una razón que respalda las clasificaciones basadas en la raza;[37] de hecho, su tratamiento al requisito de "dirección concreta" tanto en la acción afirmativa como en los entornos penitenciarios sugiere que la raza puede legalmente tomarse en cuenta sólo sobre una base altamente individualizada.[38] La propia Corte ha uti-

[35] *Id.* pp. 62-70.

[36] *Id.* p. 69 (énfasis agregado). Pero véase *id.* p 88 (O'Connor, J., disintiendo) ("Éste no es un caso en el que los asuntos de conveniencia administrativa son tan poderosos que justificarían la discriminación basada en el sexo […] especialmente cuando el uso del sexo como un proxy está tan mal adaptado a los supuestos fines como aquí. Y, en la medida en que el Congreso podría tratar simplemente de garantizar una 'oportunidad' para una relación, parecería que las pequeñas inconveniencias administrativas están acompañadas de un requisito de presencia neutral al sexo, conocimiento del nacimiento o contacto entre el padre y/o la madre y el o la menor antes de cierta edad".

[37] *Cf.* Perry (1979, pp. 1023-1035) (en el cual se sugiere que las razones administrativas del costo nunca serán suficientes para justificar una clasificación basada en la raza).

[38] *Cf. Johnson v. California*, 543 U.S. 499 (2005) (en el cual se sostiene que las clasificaciones raciales para asignar a los reclusos a la vivienda inicial deben justificarse con estrictos requisitos de

lizado un lenguaje que resuena con las cuestiones del análisis de "proporcionalidad como tal" para explicar su enfoque: el escrutinio estricto de todas las clasificaciones raciales está diseñado para "asegurar que [el gobierno] está persiguiendo un objetivo lo suficientemente importante como para justificar el uso de una herramienta altamente sospechosa". Esto lleva a la conclusión de que los costos administrativos pueden ser un interés legítimo, pero no "lo suficientemente importantes" como para justificar el uso de la raza, una herramienta "altamente sospechosa". Pero la aceptación de tal argumento en un caso que involucra un escrutinio "intermedio" de una clasificación abierta de género, demuestra que los costos o la comodidad administrativa, como justificaciones para las clasificaciones excesivas o subinclusivas, no se limitan a casos que en teoría involucran sólo "bases racionales" o el nivel de revisión más relajado.

En los casos con base racional, los costos administrativos a menudo juegan un papel importante, quizás demasiado importante. Por ejemplo, en *Armour v. Ciudad de Indianápolis*,[39] la Corte rechazó una demanda de protección igualitaria respecto a una decisión en la que se condonaron las contribuciones exigidas, pero aún no pagadas por los propietarios que optaron por pagar a plazos, sin proporcionar ningún mecanismo para el reembolso de ninguna proporción del pago, el cual sí fue realizado por completo por otros respecto a la misma contribución.[40] Debido a que la ciudad estaba cambiando a un nuevo método de contribuciones, decidió abandonar el sistema para realizar el seguimiento de los pagos a plazos y, así, condonar pagos pendientes.[41] Como el ministro Breyer redactó

---

escrutinio, incluida la "adaptación concreta"), con *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) y *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 270–71 (2003) (en los cuales se sugiere, en conjunto, que el uso de la raza en las admisiones universitarias puede cumplir con exámenes de adaptación concreta sólo en una evaluación holística de cada aplicación en la que la raza no puede jugar un papel tan dominante).

[39] 132 S Ct 2073 (2012).

[40] De 180 propietarios de viviendas, 38 optaron por pagar el monto total por adelantado, mientras que el resto eligió una de las tres opciones de pago a plazos. Armor, p 2078.

[41] La Ley Barrett de Indiana había autorizado a las ciudades recuperar los costos de los proyectos de mejora de alcantarillado de los propietarios que se beneficiarían de ellos, ya fuera mediante una suma total o pagos a plazos. Unos 24 proyectos de este tipo estaban abiertos cuando la ciudad desarrolló un enfoque diferente para distribuir los costos y decidió condonar los pagos a plazos pendientes de la Ley Barrett. *Id.* pp. 2073, 2078.

"Ordinariamente, las consideraciones administrativas pueden justificar una distinción relacionada con los impuestos […] Y la decisión de la ciudad de dejar de cobrar las deudas pendientes de la Ley Barrett tiene fundamento racional en asuntos administrativos relacionados".[42] El presidente de la Corte Suprema, acompañado por los ministros Scalia y Alito, disintieron argumentando que

> las cargas administrativas [no pueden] justificar un tratamiento fiscal extremadamente disparejo entre aquellos que el Estado ha determinado que deben ser tratados de manera similar […] La cláusula de Protección Igualitaria no establece que algún estado "negará a alguna persona dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de las leyes, a menos que sea demasiada molestia".[43]

Armour podría verse como ilustración de algunos de los efectos adversos de la naturaleza categórica del análisis "escalonado" de la protección igualitaria. Los disentimientos de Thurgood Marshall en *Dandridge v. Williams*[44] y en *Distrito Escolar de San Antonio v. Rodríguez*[45] objetaban la forma en la que se clasifican los problemas, involucrando sólo una revisión con base racional, ya que no se tuvo en cuenta, de forma adecuada, las desigualdades sustantivas que se imponen a los beneficiarios de la asistencia social y a los menores, debido al tamaño de su familia, pobreza y ubicación. En *Armour*, la aplicación del análisis con base racional también permitió a la mayoría evitar reconocer el costo humano de la desigualdad sustantiva impuesta por el esquema impositivo.

Se puede estar seguro de que cualquier esquema impositivo implementará diferencias arbitrarias para los contribuyentes ubicados en cada lado de una línea numérica; se requiere un margen de maniobra sustancial para lo que podría llamarse "arbitrariedad racional"[46] para sustentar

---

[42] *Id.* p. 2081.
[43] *Id.* p. 2086 (Roberts, C.J., disidente).
[44] 397 U.S. 471, 508 (1970) (Marshall, J., disidente).
[45] 411 U.S. 1, 70 (1973) (Marshall, J., disidente).
[46] Véase Vermeule (2015, p. 475) (en el cual se argumenta que cuando las probabilidades son inciertas pero se requiere una decisión, las decisiones pueden ser racionalmente arbitrarias).

cualquier sistema tributario diferenciado.[47] Pero no es probable que las diferencias en el trato dado a las empresas —o incluso las diferencias en el trato a los contribuyentes en función de sus ingresos, que, por lo general, es confidencial— perturben el sentido de ciudadanía igualitaria entre los miembros de un Estado, ya que la legitimidad gubernamental fluye del consentimiento de éstos. La proximidad física y las diferencias conocidas, obvias y sustanciales —como las que están en disputa en Armour— tienen alto potencial para crear una mayor sensación de injusticia. Los vecinos fueron tratados de manera muy diferente y de forma adversa, basado en si ellos, previamente, habían actuado en beneficio del gobierno al pagar todos los impuestos adeudados por adelantado.[48] Debido a que la contribución particular en cuestión se había hecho sólo en 2004, un año antes del cambio en el método de financiamiento, la diferencia entre los montos de quienes pagaron la totalidad y los que lo hicieron a plazos era muy alta. La intensidad de la experiencia del trato injusto justificó un reconocimiento más detallado.

Incluso si al final el resultado fuera el mismo, el análisis de proporcionalidad habría identificado y evaluado el daño sufrido por los quejosos, de una manera en la que se podría haber mostrado más respeto y consideración por ellos.[49] Pero la opinión mayoritaria no tuvo en cuenta ni

---

[47] Los sistemas impositivos en general dependen de clasificaciones numéricas; cualquier sistema de clasificación numérica puede considerarse irracional en los márgenes. *Cf. Fitzgerald v. Racing Ass'n*, 539 U.S. 103 (2003) (en el cual se rechaza una demanda de protección igualitaria respecto a las tasas impositivas diferenciadas impuestas al juego en máquinas tragamonedas en barcos de río y en hipódromos, concluyendo que el esquema impositivo fue, en general, racional en la recaudación de dinero para el estado y en la provisión de beneficios, aunque de valor diferencial, tanto para los propietarios de hipódromos como para los propietarios de barcos de río).

[48] Las contribuciones y la tasa de interés fueron enviadas a los propietarios de viviendas en julio de 2004. *Armour*, p 2078. Quienes en un plan a plazos pagaron intereses a una tasa de 3.5% anual (para planes de 10, 20 o 30 años). *Id.* Estos términos fueron bastante generosos para los contribuyentes: en comparación, en julio de 2004, los bonos de tesorería de Estados Unidos (a 30 años) tenían una tasa de interés promedio de más de 8%; las notas de tesorería (para plazos de hasta 10 años) estaban en 3.577%. Véanse Treasury Direct (s. f.; 2004). Al momento de redactar este texto, las tasas hipotecarias en el país eran iguales o superiores a 6% para las hipotecas a 30 años, superiores a 5% para las hipotecas a 15 años y alrededor de 4% para las hipotecas de tasa ajustable a un año (Mortage-X, 2004).

[49] En lugar de ignorar la sensación de daño, una de las opiniones pudo haber expresado, en efecto, "Entendemos cuán molesto es para los contribuyentes que apoyaron al gobierno al pagar sus

identificó el daño que los demandantes afirmaron haber sufrido; con versiones laxas del análisis con base racional, la Corte sólo necesita clasificar la regulación como económica y de carácter impositivo y después considerar las razones del gobierno.[50] El análisis de proporcionalidad, comenzando con la pregunta de si ha habido una violación *prima facie* del derecho a ser tratado como otros situados de manera similar con respecto a las cargas y beneficios de las mejoras municipales, habría dado una mejor explicación del rango de intereses en juego.

Una visión de la doctrina de la proporcionalidad radica en cómo evalúa la fuerza del interés del gobierno en el contexto. Un interés que justifique legítimamente algunos tipos de trato desigual no justificará otros; un interés que puede ser convincente en un contexto puede ser menos en otro. La doctrina de la proporcionalidad se pregunta si el propósito del gobierno es de carácter suficiente como para justificar la discriminación particular denunciada en formas que, en muchos casos, son excluidas por las categorías inflexibles del análisis de Estados Unidos.[51]

C. Desafíos en la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad a las demandas de igualdad

Si bien el análisis de proporcionalidad tiene algunos beneficios reales en los casos de igualdad, hay aspectos en las demandas de ésta para los

---

impuestos en su totalidad y que ven a sus vecinos, que no han pagado la totalidad, recibir un trato financieramente ventajoso. Es natural que tengan una sensación de injusticia, porque la diferencia en el trato fiscal se siente arbitraria. Pero la única forma de tener un sistema fiscal manejable es tolerando tales diferencias".

[50] Los peticionarios habían definido el "quid de la violación constitucional" como "que, a pesar de una promesa explícita de igualdad, los peticionarios pagaron 30 veces más que sus vecinos por el mismo beneficio". *Armour*, 132 S Ct 2073, Breve Respuesta de los Peticionarios en 4. La mayoría no reconoce la gravedad de esta queja, sino que se enfoca, más bien, en la racionalidad del deseo de la ciudad de evitar los costos de mantener un sistema de cobro para los contribuyentes con deudas a plazo, dado que dichos planes no se utilizarían en el futuro (cuando las mejoras en el alcantarillado serian financiadas a través de bonos y una tarifa plana única de conexión). 132 S Ct en 2081.

[51] En la lista, extrañamente larga, de intereses gubernamentales "convincentes" en el derecho constitucional de Estados Unidos, véanse, por ejemplo, Hasen (2012, pp. 240-242) (en el cual se argumenta que la Corte identifica rutinariamente los intereses gubernamentales como convincentes pero no explica su razonamiento); Strauss (1995, p. 29) ("El requisito de que un interés sea 'convincente' rara vez es lo que derrota una ley; a lo largo de los años, la Corte Suprema ha encontrado que son 'convincentes' una enorme gama de intereses gubernamentales").

cuales la doctrina de la proporcionalidad secuenciada no es adecuada. La libertad (ya sea de movimiento, actividad o expresión) puede ser imaginada como un estado "natural" para un individuo, incluso si es falso imaginar a las personas, en general, viviendo en autonomía unas de otras. Sin duda, la libertad adquiere importancia sólo frente a alguna amenaza, que surge de una fuente de coerción externa a la persona y, por lo tanto, la libertad como principio legal sólo adquiere importancia en la sociedad organizada. Pero la igualdad ni siquiera puede, de manera significativa, ser *imaginada* en un Estado solitario; la igualdad sólo puede, de manera significativa, ser imaginada y existir en una situación social. Los intereses de libertad, entonces, pueden ser analizados por medio de una línea base más fácil de imaginar. Por estas razones, la igualdad a veces se siente como un valor más contingente que la libertad.

El análisis de proporcionalidad puede ser aplicado a las demandas de libertad de una manera relativamente sencilla si "libertad" se entiende como completa libertad de la regulación.[52] Sin embargo, declarar una violación de la igualdad *prima facie* requiere cierta atención preliminar a la justificación de la clasificación, ocupando parte del espacio de razonamiento de "proporcionalidad";[53] ésta, además, no ayuda a resolver los problemas del "universo de comparación". Y el análisis de proporcionalidad es relevante para algunas, pero no todas, preguntas sobre los efectos a terceros.

La justificación como algo interno para identificar las violaciones a la igualdad. No todas las diferencias en el trato se considerarán una negación

[52] *Cf.* Möller (2012) (en el cual se argumenta que todas y cada una de las libertades individuales están presuntamente protegidas y, por lo tanto, cualquier límite gubernamental debe estar sujeto a justificación bajo un análisis de proporcionalidad) con Tsakyrakis (2013) (en el cual se argumenta en contra del concepto de "libertad total" de los derechos liberales individuales como una "abstracción metodológicamente defectuosa que hace a la justicia social incomprensible" lo cual termina por no proporcionar "derechos" a los individuos que no pueden ser removidos por la sociedad).

[53] *Cf. Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535, 549 n. 23, 553–54 (1974) (que trata de una preferencia por los "indígenas", definidos como personas con al menos "un cuarto de sangre indígena" y miembros de una tribu reconocida, que no implica una "discriminación racial" o preferencia racial (que presumiblemente habría desencadenado un "escrutinio estricto"), sino más bien como análogo al requisito para los miembros del Congreso que establece que deben vivir en el estado de donde en el que son elegidos, lo cual es sostenible como "razonable y directamente relacionado con un objetivo legítimo, no racial").

constitucionalmente reconocible de igualdad. Toda ley clasifica; no siempre es obvio qué clasificaciones interfieren con los tipos de igualdad que deberíamos promover. Sin un análisis más detallado de lo que significa negar la igualdad, cualquier ley podría ser impugnada por alguien afectado adversamente por una violación a la ley de igualdad, lo que parece un enfoque demasiado amplio para cualquier sistema legal.[54] Incluso las jurisdicciones reconocidas por su generosa interpretación de los derechos protegidos, como Canadá, han reconocido la necesidad de "descartar" demandas de igualdad que son esencialmente "triviales".[55] Se requiere algún tipo de razonamiento normativo para determinar si hay una violación de la igualdad *prima facie* con la cual comenzar, y que puede replicar algunos de los razonamientos que de otro modo podrían ocurrir con la rúbrica del análisis de "proporcionalidad".[56]

Los comentarios sobre la doctrina de la proporcionalidad, en Canadá y en otros lugares, típicamente argumentan que está asociada con una definición muy amplia de los derechos en cuestión, con un análisis más serio en la etapa justificativa utilizando la proporcionalidad. Pero en los

---

[54] Véase, por ejemplo, Alexy (2002, p. 262) (en en el cual se explica que la "igualdad" constitucional "no puede significar" que la legislatura debe poner a todos en la misma posición o asegurar que todos vivan en las mismas circunstancias materiales). Como Jessica Eisen me sugirió, los compromisos económicos con las libertades del mercado implicarán cierto grado de desigualdad económica y, por lo tanto, no se puede entender que las garantías de igualdad, en los sistemas basados en el mercado, requieran una igualdad económica total.

[55] *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 SCR 143, en 180-83 (en el cual se señala también que "no es cada distinción o diferenciación en el trato legal" lo que viola la cláusula de igualdad de la Carta); véase *Corbiere v. Canadá (Ministerio de Asuntos Indígenas y del Norte)*, [1999] 2 SCR 203, 11 (en el cual se describe la función de "exclusión" del requisito de un motivo de distinción enumerado o análogo).

[56] *Cf.* Alexy (2002, 264-265) (en el cual se explica que un derecho constitucional a la igualdad debe significar "similitud y diferencia evaluativa" y, que la evaluación debe basarse en normas además de en un valor general de igualdad); *id.* pp. 267-273 (en el que se señala que en Alemania, "la violación del principio de igualdad [es] dependiente de la naturaleza arbitraria del trato" que, a su vez, depende de si hay una "razón adecuada […] que permite o exije la diferencia de trato"). En Canadá, el tribunal primero determina si existe una distinción establecida en un motivo enumerado o análogo, como raza, sexo, alienación, edad y similares. Luego, determina si esa distinción es una "discriminación" en el ámbito de la sección 15, basada en un análisis contextualizado de factores que han diferido con el tiempo. Sólo si se encuentra una violación a la sección 15, considera si la discriminación es "justificada" bajo el análisis de proporcionalidad de la sección 1.

casos de *igualdad* canadienses, no forzosamente es así. El proceso necesario de razonamiento justificativo para encontrar una violación a la igualdad *prima facie* puede ayudar a explicar por qué la Corte canadiense resuelve de forma interna la mayoría de las demandas de igualdad, mediante la aplicación de la sección 15 de la Carta, en lugar de los exámenes de proporcionalidad de la sección 1. Gran parte del difícil trabajo normativo consiste en establecer si hay o no una violación a la igualdad con la cual empezar.

Por lo tanto, en *Gosselin v. Quebec (Fiscal General)*,[57] la Corte no encontró violación a la sección 15 en una distinción en la ley de bienestar entre personas menores de 30 años y mayores a esa edad. La Corte consideró que el propósito del esquema legal, en su conjunto, era ayudar a todos sus beneficiarios, y las distinciones en la ley no estigmatizaron a los menores de 30 años, sino que fueron señalados como parte de un paquete para ayudar a los jóvenes a encontrar trabajo. No se necesitó un análisis de la sección 1. Pero las justificaciones para la distinción estuvieron presentes en el análisis de la Corte sobre si había alguna violación a la igualdad. De manera similar, en *Withler v. Canadá (Fiscal General)*,[58] la Corte determinó que un plan que reducía los beneficios para el o la cónyuge sobreviviente por cada año que el difunto vivió, más allá de cierto punto, no violaba la disposición de igualdad, porque su propósito, en conjunto con otros apoyos sociales provistos por los sistemas de salud y seguros, era proveer en general el bienestar y los "intereses en competencia de […] varios grupos" en la sociedad.[59] Otra vez, no se realizó un análisis separado de la sección 1.[60]

[57] [2002] 4 SCR 429.
[58] [2011] 1 SCR 396 .
[59] *Id.* pp. 429-430.
[60] *Id.* Véase también *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 SCR 950 (en el cual se sostiene que la exclusión al Fondo de las Naciones Originarias de Ontario no fue degradante para la dignidad de los grupos excluidos porque el proyecto financiado satisfizo las necesidades de las naciones originarias incluidas y no fue diseñado para satisfacer los necesidades similares de grupos excluidos; debido a que el reconocimiento del esquema de diferencias entre grupos era legítimo, no hubo violación a la sección 15).

Por el contrario, en la mayoría de los casos en los que se encontró una violación a la sección 15, el análisis de proporcionalidad no salva a la ley, lo que sugiere que las demandas de igualdad requieren un conjunto de justificaciones normativas para el hallazgo inicial de una violación *prima facie* de maneras que difieren de otros derechos constitucionales. Así, en *Eldridge v. Columbia Británica (Fiscal General)*,[61] la Corte canadiense consideró que no proporcionar interpretación de lengua de señas era una violación a la sección 15 y no se salva con lo previsto en la sección 1. En M. *v.* H.,[62] la Corte señaló que una disposición que no extendía a las parejas del mismo sexo los elementos del esquema de manutención del cónyuge disponible para parejas del sexo opuesto violaba la sección 15 y no estaba justificada por la sección 1.[63] En *Trociuk v. Columbia Británica (Fiscal General)*,[64] la Corte determinó que una ley que prohibía la inclusión del nombre de un padre en el certificado de nacimiento dañaba la dignidad del padre y no estaba justificada por la sección 1. Y en *Nova Scotia Workers Compensation Bd v. Martin*[65] la Corte consideró que una norma que negaba beneficios que estaban disponibles para otros trabajadores con discapacidad a las personas que sufren dolor crónico era degradante para su dignidad y no se justificaba con la sección 1.[66] En un número significativo de casos, entonces, la Corte no ha estado dispuesta a encontrar justificación bajo el análisis de proporcionalidad para las violaciones *prima facie* de la sección 15. En parte, esto refleja el grado en que la violación de igualdad *prima facie* se basa en encontrar la práctica impugnada inconsistente con la dignidad de los demandantes, un hallazgo que se vuelve muy difícil de superar en la etapa de proporcionalidad.

---

[61] [1997] 3 SCR 624.
[62] [1999] 2 SCR 3.
[63] Véase también *Corbiere v. Canadá (Ministro de Asuntos Indígenas y del Norte)*, [1999] 2 SCR 203 (en el cual se sostiene que una distinción en los derechos de voto entre los aborígenes que viven dentro y fuera de la reserva viola la sección 15 y no se justificaba con la sección 1).
[64] [2003] 1 SCR 835.
[65] [2003] 2 SCR 504.
[66] Véase también *Canadá (Fiscal General) v. Hislop*, [2007] 1 SCR 429 (en el cual se sostiene que la distinción en los beneficios para los sobrevivientes de uniones del mismo sexo violaba la sección 15, y no se justificaba con la sección 1, pero también concluyó que la doctrina de la no retroactividad impidió que la obligación de compensación comenzara antes de 1999).

Los casos en los que se encuentra una violación a la sección 15, pero se mantiene la ley bajo la sección 1 son excepcionales. En uno se enfrentó una emergencia financiera inusual. En *Terranova (Ministerio del Tesoro) v. NAPE*,[67] la Corte determinó que el aplazamiento de un acuerdo de equidad salarial violaba la sección 15 porque su efecto era continuar pagando a las mujeres menos que a los hombres por un trabajo similar, pero la ley de aplazamiento se justificaba con la sección 1 dada la genuina y sustancial crisis financiera que enfrenta el gobierno provincial. Al aplicar las pruebas de proporcionalidad de la sección 1, la Corte consideró que el aplazamiento era una respuesta racional para evitar una crisis importante y que menoscaba mínimamente los derechos, dada la naturaleza del problema enfrentado, ya que el acuerdo de equidad salarial no se canceló, sino que se implementó de manera más lenta (y en consulta con el sindicato). Finalmente, la Corte determinó que el impacto adverso de la demora en la equidad salarial fue superado por la necesidad de recuperar la salud fiscal y continuar brindando servicios esenciales como la atención hospitalaria.

En otro caso en el que se encontró una violación a la igualdad, pero mantenía la ley impugnada bajo la sección 1, los ministros estaban excepcionalmente divididos. En *Quebec Att'y General v. A* (2013),[68] la Corte (cinco a cuatro) encontró una violación a los derechos de igualdad de la sección 15, ya que Quebec fracasó al no tratar a los matrimonios de facto como portadores de toda la gama de derechos de propiedad y apoyo cuando la relación termina, como en los matrimonios formales o uniones civiles. Sin embargo, una de los cinco miembros de la Corte, la ministra presidenta McLachlin, concluyó que la ley podía justificarse y mantenerse bajo el examen de proporcionalidad de la sección 1; para ella, el objetivo del esquema era "elección y autonomía para todas las parejas de Quebec […] para estructurar su relación afuera […] del régimen obligatorio aplicable a los cónyuges casados y de unión civil",[69] respal-

[67] [2004] 3 SCR 381.
[68] [2013] 1 SCR 61.
[69] *Id.* 435 (McLachlin, CJ).

dado por consideraciones de federalismo.[70] Como resultado, la impugnación fue rechazada.

En resumen: al juzgar las violaciones de la ley de igualdad, a menudo, el análisis normativo o la justificación son internos para la identificación de una violación *prima facie*, y se deja menos espacio para el análisis justificativo independiente una vez que se encuentra una violación. A continuación, se revisan otros dos aspectos de los desafíos de analizar las demandas de igualdad, en los que quizá no se haga referencia a la proporcionalidad.

Definiendo el universo de análisis. Delimitar el universo de análisis relevante —a veces expresado como el problema de los "comparadores"[71]—

[70] *Id.* 439-49; véase *id.* 447 (en el cual se describe a Quebec como en la búsqueda de "maximizar" su autonomía y elección). Tres de los otros miembros de la Corte que consideraron que hubo una violación a la sección 15 habrían confirmado todas las disposiciones de apoyo, excepto las de la sección 1. *Id.* 382 (Deschamps, J., disidente en parte). El quinto miembro de la mayoría que encontró una violación a la sección 15 concluyó que ninguna de las violaciones a la igualdad estaba justificada por la sección 1. Véase *id.* 358-80 (Abella, J., disidente) (en el que se argumenta que un enfoque de "exclusión", con la presunta aplicación de las mismas reglas al matrimonio de facto como al formal, fue menos perjudicial, porque protegería mejor a la pareja económicamente vulnerable e igualmente avanzaría en el propósito de promover la libertad de elección).
En *Egan v. Canadá* [1995] 2 SCR 513, la Corte también estaba fuertemente dividida respecto a la validez de la legislación que excluía a las parejas del mismo sexo de ciertos beneficios. Cuatro de los miembros consideraron que no hubo violación a la sección 15; cuatro señalaron que sí hubo violación a la sección 15 no justificada en la sección 1. Un miembro consideró que sí hubo una violación a la sección 15, pero que estaba justificada bajo la sección 1, aceptando el argumento de que el gobierno podría gradualmente extender los beneficios más allá de una clase, la cual consistía originalmente sólo en las parejas de sexo opuesto formalmente casadas, y considerando las distinciones racionales, de mínima interferencia y proporcionales a la luz de los objetivos del proyecto y tomando en cuenta el hecho de que los fondos no eran ilimitados.

[71] Antes, Canadá requería un comparador "espejo", pero recientemente ha suavizado el requisito, al no lograr capturar dimensiones sustantivas de igualdad. Véase *Withler v. Canadá (Fiscal General)* [2011] 1 SCR 396, 41, 49, 55-56, 57-59, 63-65 (en el cual se rechaza el carácter dispositivo del "enfoque comparativo de espejo", que en ese caso habría favorecido la posición de los demandantes). Withler ilustra los desafíos de identificar el universo de comparación. La Corte rechazó las impugnaciones de igualdad en las distinciones, en función de la edad del difunto, en cuántos beneficios se pagaron a los sobrevivientes. (Como se señaló, la ley canadiense no trata todas las distinciones basadas en motivos prohibidos enumerados como formas de discriminación prohibida; se requiere más que el simple uso de una clasificación para establecer una violación de la sección 15). Aunque hubo una distinción basada en un motivo enumerado sobre la cual se prohibió la discriminación, la Corte en el caso Withler señaló que la distinción no equivalía a una "discriminación" dado el más amplio contexto legislativo: los beneficios más bajos para los sobrevivientes fueron "compensados hasta

es a menudo discutible y no necesariamente auxiliado por las consideraciones de proporcionalidad. En el litigio, el demandante define la comparación inicial propuesta, de manera que puede influir en los puntos de vista de los tribunales. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que hubo una violación a la igualdad como resultado de que una empresa de servicios públicos colocara medidores en postes en vecindarios de gitanos en Bulgaria. La empresa defendió su decisión basándose en la tasa de rompimiento de los medidores, sugiriendo que la comparación adecuada era entre vecindarios con diferentes tasas de rompimiento; pero la Corte consideró que, observando los efectos de la práctica, la sección gitana debería ser comparada con no gitanas, y la colocación diferencial de los medidores violaba la Directiva de Igualdad Racial (2000/43) (*Race Equality Directive* [RED]), porque impuso un estigma sobre la comunidad gitana.[72] Por lo tanto, pueden existir múltiples ejes de comparación, la elección del comparador impugnada y no justificada por la doctrina de la proporcionalidad, pero resuelto en mayor medida por el derecho constitucional sustantivo.

La pregunta de los comparadores también puede surgir en el entorno empresarial: una empresa puede estar en desventaja, por ejemplo, por un aspecto del código tributario y favorecida por otro, ¿el contribuyente tiene

---

cierto punto" por pensiones y beneficios de salud, con el "paquete completo, incluyendo pensiones, atención dental, prescripción médica y salud extendida, así como otros programas gubernamentales universales", lo que significa que no hubo "estereotipos negativos o maliciosos" basados en la edad. Esta no era una situación en la que la distincción basada en la edad "perpetúa la desventaja", algo que sucede "cuando la ley trata a un grupo desfavorecido históricamente de una manera que exacerba la situación del grupo" (35). Tampoco fue esta una situación en la que "la desventaja impuesta por la ley se basa en un estereotipo que no corresponde a las circunstancias y características reales del reclamante o grupo de reclamantes (36).

[72] Véase el asunto C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashita ot discriminatsia*, 15 de julio de 2015, disponible en http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C- 83/14. Se señaló el rechazo de la Corte al costo-eficiencia como justificación de una "práctica aparentemente neutral, si en realidad impacta de manera diferente a un grupo racial o étnico en particular". Véase Open Society Foundations, disponible en https://www.opensocietyfoundations.org/voices/case-watch-roma-ruling-advances-anti-discrimination-protections-european-union. ("Los proveedores de servicios pueden verse obligados a hacer un suministro adecuado, incluso si esto costará más"). Como también se observó, "la sentencia abre nuevos caminos al determinar que la discriminación indirecta con efectos 'ofensivos y estigmatizantes' no puede justificarse". Esta explicación es consistente con el patrón de los casos de igualdad canadiense discutidos anteriormente.

un reclamo de igualdad grave centrado sólo en la desventaja particular reclamada?, o bien una escuela del vecindario puede tener menos de un tipo de recursos —laboratorios de ciencias, por ejemplo— que otras, pero tiene más de un recurso diferente —teatros, por ejemplo—. En las impugnaciones que alegan discriminación contra la escuela del vecindario porque no se le proporcionan suficientes laboratorios de ciencias, surgiría la misma pregunta. Sobre tales cuestiones, la proporcionalidad en sí misma no informa acerca de qué tan amplia o estrechamente se determina el universo de análisis.

El problema del universo de análisis puede surgir en casos que involucran cuestiones más centrales de igual dignidad humana, como en *Obergefell v. Hodges*, que defendió el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse por motivos de libertad e igualdad.[73] Las demandas de igualdad posiblemente plantearon una pregunta de "universo de comparación". Los defensores del *statu quo* anterior argumentaron que las leyes que limitaban el matrimonio a personas del sexo opuesto no implicaban una diferencia procesable respecto al trato, sujeto al "escrutinio intermedio" como una forma de discriminación sexual, ya que a las mujeres y a los hombres se les permitía casarse por igual con alguien del sexo opuesto e igualmente se les prohibía casarse con alguien del mismo sexo.[74] La Corte rechazó implícitamente ese argumento, tratando la comparación relevante entre parejas del mismo sexo y del sexo opuesto.[75] Esta diferencia podría verse de manera razonable como una forma de discriminación sexual —en función de si la pareja deseada era del sexo "correcto" o no—. Otra vez, el análisis de proporcionalidad no necesariamente proporciona una guía sobre cuál es el universo correcto de comparación.

---

[73] 135 S Ct 2584 (2015).

[74] Véase, por ejemplo, Escrito de Demanda, *Bourke v. Beshear*, uno de los tres casos consolidados en *Obergefell v. Hodges*, 2015 WL 1384105, en *26-28 ("las leyes de matrimonio de Kentucky se aplican por igual a miembros de ambos sexos y, sobre esa base, no discriminan.").

[75] 135 S Ct at 2602-04. De forma alternativa, la Corte pude haber visto la comparación correcta entre dos personas, una quería casarse con una persona del sexo opuesto y otra, con una del mismo sexo.

Intereses de terceros. Las demandas de igualdad necesariamente involucran intereses de terceros —es decir, de personas que no iniciaron la demanda, pero cuyo tratamiento o estatus frente al gobierno o la sociedad es invocado explícita o implícitamente por el reclamante—. Esto es cierto si un demandante busca ser tratado de manera más igualitaria al recibir un beneficio o estatus previamente otorgado sólo a otros, si se le permite ejercer una libertad otorgada antes a otros pero no a ellos o si el demandante busca un pedazo del pastel limitado que disfrutan otros. En los remedios para tales violaciones está implícito el reconocimiento de la igualdad de los demandantes en alguna dimensión que actualmente no está aceptada en la ley o en la práctica.[76] Tal reconocimiento necesariamente implica algún cambio en el estado o posición (reales o percibidas) de los demás.[77] Sin embargo, no todos estos efectos son dignos de considerarse justificación legítima de las distinciones existentes.[78]

Las impugnaciones a las leyes (que versan sobre segregación racial o que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo) no se basan sólo en asuntos de proporcionalidad, sino también en otras formas de normatividad. Al igual que en el caso de elegir el universo de comparación, la doctrina de la proporcionalidad no otorga necesariamente las herramientas para hacer estos juicios normativos —las respuestas deben encontrarse en otro lugar—. Es un reto distinguir aquellas preguntas que deben resolverse mediante las cuestiones de proporcionalidad y las que fundacionalmente están relacionadas con otros valores constitucionales. Algunos "intereses", materiales o psíquicos, de terceros pueden no ser considera-

[76] Quizá se considere menos probable que un cambio correctivo cree efectos adversos a terceros cuando un beneficio se extiende a una clase más amplia sin afectar la cantidad o la calidad de los beneficios que disfrutan los beneficiarios existentes; pero incluso en esta situación, los beneficiarios existentes pueden experimentar efectos adversos, por ejemplo, si son competidores comerciales.

[77] Se podría argumentar que esto no es distintivo, que el reconocimiento de la libertad de una persona para fumar en un edificio público o en un parque afecta la libertad de los demás de no exponerse al humo. Pero hay demandas de libertad que no implican impactos plausibles en otros, por ejemplo, aquellos que involucran crímenes "sin víctimas", como en el procesamiento de una persona por fumar marihuana en su propio hogar.

[78] Esta observación no es en absoluto novedosa. *Cf.* Mill (1859) (en el cual se identifica el principio de "daño" a otros).

dos legítimamente sujetos a algún proceso de ponderación, pues se piensan ilegítimos en sí mismos, por razones que no tienen nada que ver con la proporcionalidad.[79]

Por ejemplo, cuando David Beatty escribió en su libro *El último Estado de derecho* que los estudiantes blancos en el sur no tenían interés en oponerse a la integración racial porque no afectaba su propio "carácter y estatus en la comunidad" (Beatty, 2004, p.186), existía un juicio necesariamente normativo detrás de esa declaración, acerca de la *legitimidad* de los intereses que esos menores y sus familias pueden tener para mantener su estatus en las jerarquías basadas en la raza. La segregación racial era parte de una jerarquía de subordinación. Parece incorrecto decir que el estado de los menores blancos y sus familias no se vería afectado en la medida en que se basaba en una jerarquía racializada. Lo que debe decirse es que debido a que sus intereses se basaban en una jerarquía racial injusta, éstos eran ilegítimos. El reconocimiento de la ilegitimidad de los intereses declarados de los menores blancos en el mantenimiento de la segregación racial no depende de los principios de proporcionalidad, sino de los principios de igualdad humana que impiden mantener una jerarquía racial mediante líneas de separación impuestas por el gobierno basadas en la raza o el color.

Ahora, podría decirse que, de acuerdo con la versión canadiense de proporcionalidad, la ilegitimidad de los intereses de terceros se refleja en la pregunta inicial sobre la legitimidad del propósito del gobierno. El propósito legítimo es un sello distintivo del derecho constitucional, no sólo en Canadá, también en Estados Unidos; no se necesitan las preguntas secuenciadas del análisis de proporcionalidad para resolver esto. Quizá se pueda concebir una ley motivada por un propósito legítimo del gobierno, pero, en su aplicación, terceros tienen intereses ilegítimos;[80] se

[79] Para estar seguros, las fórmulas de "ponderación" podrían tratar tales intereses como de valor cero, pero simplemente decir esto disminuiría la fuerza del razonamiento deontológico en la ley.
[80] Considere una ley de cuarentena aplicada a quienes han visitado recientemente paises extranjeros, en particular en los que hay una enfermedad infecciosa. El gobierno puede tener un propósito

podría argumentar que la ilegitimidad de esos intereses puede reflejarse en la etapa final de "proporcionalidad como tal" dándoles un peso igual a cero. Sin embargo, el uso de una metáfora de ponderación, cuando el problema es que, por razones de justicia constitucional, algunos intereses no son legítimos, puede restar valor a la legitimidad de la ley.

En algunos casos de igualdad, hay intereses legítimos en ambos lados. En éstos, el análisis de proporcionalidad y las preguntas estructuradas que formula proporcionan un marco útil —aunque no dispositivo— para los tipos de decisiones normativas que deben alcanzarse. Considere las impugnaciones a las medidas llamadas de acción afirmativas para avanzar en la representación de los miembros de las minorías raciales en las universidades o en entornos de empleo, o las impugnaciones llamadas de "impacto dispar" para las reglas o requisitos supuestamente neutrales que se afirma afectan de manera negativa a un grupo desfavorecido. En estos casos, el efecto de otorgar alivio a los demandantes en sus reclamos de igualdad puede ser el disminuir la capacidad de otras partes para obtener posiciones o beneficios. Si esos intereses de terceros son legítimos, se pueden evaluar en las etapas de mínima interferencia y proporcionalidad como tal del análisis de proporcionalidad.

D. Hacia una mayor proporcionalidad en los estándares de revisión

En Canadá, la doctrina de la proporcionalidad logra sus objetivos examinando caso por caso los argumentos para considerar que las intrusiones particulares tienen un peso particular en el contexto de la persecución de objetivos particulares. Otro enfoque, como en Estados Unidos, es ponderar *ex ante* los posibles daños de las categorías de clasificaciones en una amplia gama de entornos de hecho. En Estados Unidos, las conside-

legítimo de salud pública; la validez de la ley puede ser examinada mediante del análisis de proporcionalidad. Pero si un grupo racista antinmigración buscara apoyar la ley porque así se desalentaría el intercambio entre diferentes grupos raciales y étnicos, este interés debería considerarse ilegítimo.

raciones sobre el principio de proporcionalidad (aunque no la doctrina) informan la estructura básica de los diferentes "niveles" de la revisión judicial de la legislación bajo la protección igualitaria y el debido proceso sustantivo. Las clasificaciones que se considera que probablemente implican violaciones a los valores constitucionales requieren una revisión más estricta. Aquí, la proporcionalidad como principio funciona como una meta-guía para la doctrina, especificando aquellas categorías en las que se requieren mayores y menores grados de escrutinio. Por lo tanto, el sistema escalonado de múltiples estándares de revisión de Estados Unidos está vinculado a la proporcionalidad, no como una doctrina para el análisis caso por caso, sino más bien como un principio. Si se mantiene este enfoque, esto debería hacerse más proporcional, es decir, los límites del enfoque categórico deberían relajarse para tener un mejor recuento de los valores humanos de igualdad.

A diferencia de Canadá o Europa, la doctrina de Estados Unidos no trata a los "impactos dispares" basados en la raza o el género, como sujetos a formas intensificadas de revisión judicial, incluso cuando los efectos dispares adversos son estadísticamente significativos y grandes. *En Washington v. Davis*,[81] los afroamericanos reprobaron un examen escrito de empleo público cuatro veces más que los blancos. En el caso del *Administrador de Personal de Massachusetts v. Feeney*,[82] una preferencia duradera y absoluta por los veteranos (que en ese momento más de 98% eran varones) aplicable a todos los puestos clasificados del servicio civil (aproximadamente 60% de los trabajos públicos en el estado) tuvo graves consecuencias adversas para las mujeres que buscaban puestos de alto grado. A pesar de los efectos adversos dispares sustanciales, la Corte concluyó que, en ausencia de una intención de discriminar a los afroamericanos o a las mujeres, respectivamente, las prácticas estaban sujetas sólo a una revisión con base racional.[83]

[81] 426 U.S. 229, 237 (1976).
[82] 442 U.S. 256, 264–71 (1979).
[83] La falta de cambio cuando una práctica tiene un impacto altamente adverso en un grupo tradicionalmente discriminado podría verse como una indiferencia deliberada para magnificar los efectos de

Los efectos de estas decisiones son el resultado de ciertas características (algunos podrían decir que son patologías) del sistema de revisión "escalonado".[84] Las leyes que se refieren de manera explícita a la raza o el género están sujetas a formas estrictas de revisión, con independencia de si se les atribuye una carga para los grupos tradicionalmente desfavorecidos o favorecidos, mientras que las leyes que perjudican (a veces de forma severa) a las minorías raciales o a las mujeres están sujetas a una revisión extremadamente laxa. Un enfoque más "proporcionado" para los niveles de revisión, más graduado que categórico, podría captar mejor la gama de intereses constitucionales.

Plyler v. Doe[85] es un ejemplo de un enfoque más gradual. La Corte, aplicando nominalmente la revisión de "base racional", consideró que, aun cuando no se involucraron derechos fundamentales o clasificaciones sospechosas en una ley de Texas que prohíbe a los menores presentes ilegalmente asistir a una escuela pública gratuita, un gobierno "racional" necesitaría un argumento fuerte para su decisión, debido el daño al futuro de los menores al ser privados de una educación: "a la luz de estos costos compensatorios [para los menores inocentes que son el objetivo de la ley impugnada], la discriminación contenida en [la ley] difícilmente puede se considerará racional a menos que promueva algún objetivo sustancial del Estado".[86] Aplicando esta revisión más rigurosa de "base racional", se podría haber dicho en *Feeney* que, dada la historia de discriminación contra las mujeres, el Estado necesitaría una razón "fuerte" para tener una preferencia por los veteranos tan profunda y duradera, al tiempo que permite las preferencias para los veteranos de carácter menos drástico.[87]

---

la discriminación pasada, lo que plantea una inferencia de intenciones inadmisibles. Sin embargo, según la ley constitucional de Estados Unidos, en la actualidad tal indiferencia no es suficiente para desencadenar una mayor revisión constitucional.

[84] Sobre un argumento de que el mismo Davis pudo haber sido motivado por las patologías de un doctrina de niveles de revisión demasiado rígida, la preocupación de considerar que las formas de impacto dispares de demandas de discriminación resultaría completamente inmanejable al amenazar la validez de muchos estatutos, véase Jackson (2015, pp. 3175-3177).

[85] 457 U.S. 202 (1982).

[86] *Id.* p. 224.

[87] *Cf.* Alexy (2002, pp. 274-275) (discutiendo cómo la igualdad requiere que haya razones "adecuadas" para permitir las diferencias en el trato).

Se podría haber dicho en Davis que, dada la larga historia de discriminación contra los afroamericanos, incluyendo en especial la negación a la educación, una ciudad racional (con una población afroamericana mayoritaria) necesitaría una razón muy fuerte para utilizar un criterio de empleo que excluye de forma desproporcional a los afroamericanos; una razón tan fuerte podría haber consistido en validar el examen para el desempeño real del trabajo, lo cual no había ocurrido.[88]

Según la doctrina actual, existe un gran abismo en el escrutinio dado a la "discriminación intencional" y la acción de "impacto dispar", a pesar de que ambas pueden dañar a grupos tradicionalmente desfavorecidos. Un enfoque más proporcionado (que implique estándares de revisión menos categóricos y más porosos) podría, por ejemplo, buscar argumentos "racionales" más fuertes cuando las leyes tienen efectos que reflejan aquellas razones que podrían lograrse mediante el uso explícito de clasificaciones sospechosas. Tal cambio no amenazaría la validez de sistemas legales completos, como temía la Corte en el caso *Davis* debido a la superposición entre la raza y la desigualdad económica,[89] pero requeriría un escrutinio más exhaustivo de las prácticas con los mayores efectos adversos en el mantenimiento de los sistemas de subordinación social que surgieron de pasadas formas de discriminación *de iure*. Dichas formas de discriminación pasadas son insuficientes para justificar, en opinión de la Corte, el uso afirmativo de la raza como remedio (dados los efectos a terceros); pero esto no necesariamente significa ignorar ese pasado al analizar el contexto para determinar la razonabilidad de las leyes neutrales con efectos adversos dispares en los grupos tradicionalmente desfavorecidos.

Un beneficio de la revisión con base racional más rigurosa en casos de impacto dispar, que involucran efectos adversos para los grupos histó-

[88] 457 U.S. en 235. El examen fue validado para predecir el desempeño en la escuela de capacitación; es posible que, incluso bajo una revisión racional más rigurosa, esto hubiera sido suficiente, a la luz de otros esfuerzos realizados al momento del reclutamiento y contratación de más oficiales afroamericanos. Véase *id.* pp. 235, 246.
[89] *Id.* p. 267.

ricamente discriminados, es la limitación de los efectos del sesgo en la toma de decisiones del gobierno. La prevalencia del sesgo, con frecuencia implícito o inconsciente, continúa siendo bien documentada por los científicos sociales.[90] Aunque las declaraciones explícitas del sesgo racial o de género por parte de los legisladores (o hacedores de leyes) son menos frecuentes que hace décadas, no es inverosímil ver que las prácticas de retención con efectos adversos para los grupos desfavorecidos reflejen una falta de igual consideración por dichos grupos. El probar la racionalidad real de los esquemas legales puede ayudar a reducir la influencia de tal sesgo y dar como resultado la indiferencia al bienestar de los miembros de grupos discriminados.[91]

En este momento de interés académico renovado por una revisión más exigente de "racionalidad", vale la pena recordar los argumentos formulados por los ministros en el pasado. Thurgood Marshall abogó por un enfoque más gradual para aplicar la cláusula de protección igualitaria, sugiriendo que la naturaleza de las cargas que justifican el interés del gobierno sobre grupos relativamente indefensos y desfavorecidos debería ser más fuerte que aquellas que justifican las leyes que regulan a los grupos menos desfavorecidos. El ministro Stevens sugirió de manera similar que sólo hay una cláusula de protección igualitaria, cuya aplicación requeriría diferentes tipos de razones en diversas situaciones. En ambos puntos de vista, se podría aplicar un examen de "base racional" si se entendiera no como una investigación estática sobre si existe alguna razón plausible, sino como una investigación más dinámica que pregunta, como lo hizo la Corte en Plyler, si —dada la naturaleza de la supuesta lesión—

[90] Para literatura legal que resume los datos, véanse, por ejemplo, Jolls y Sunstein (2006, p. 969); Quintanilla (2011, p. 1). Pero *cf.* Banks y Ford (2009, p. 1053) (en el que se cuestiona si el sesgo "implícito" es inconsciente o consciente y se plantean preguntas críticas de si estos hallazgos son importantes o por qué lo son).

[91] *Cf.*, por ejemplo, *Ciudad de Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985) (en el cual se aplica la "racionalidad con tajada", descontando las razones propuestas para zonificar hogares para las personas con discapacidad mental tan desconectadas del alcance de la regulación como para sugerir que un sesgo en contra de las personas con discapacidad mental motivó la regulación, la cual se consideró inválida).

hay una razón sustancial suficiente para la práctica impugnada; cuanto más perjudique la discriminación a un grupo más desfavorecido, se requerirá mayor grado de justificación.

Al mismo tiempo, avanzar hacia un estándar de revisión más flexible —o adoptar el análisis de discriminación y proporcionalidad al estilo canadiense— no resolverá las preguntas normativas más disputadas en la ley constitucional sobre igualdad. Para quienes creen que nuestra sociedad se arriesga más al negarle a las legislaturas democráticas carta blanca en áreas que involucran la economía o los sistemas de bienestar por medio de la revisión judicial, la atención a la proporcionalidad mediante una revisión de racionalidad mejorada puede ser poco atractivo. Para aquellos que creen que las enmiendas posteriores a la Guerra Civil encarnan un profundo valor de "daltonismo", los argumentos sobre la proporcionalidad de las medidas de acción afirmativa serán irrelevantes; del mismo modo, tal vez, para quienes creen que, debido a injusticias pasadas, se requieren y permiten reparaciones masivas en todas las formas de beneficios políticos y sociales para compensar a los descendientes de aquellos que fueron esclavizados o tratados injustamente. Pero para aquellos que creen que hay valores constitucionales importantes en ambos lados de los debates sobre, por ejemplo, la acción afirmativa, la cual debería dejar espacio para programas cuidadosos diseñados para promover la integración de grupos desfavorecidos en la sociedad sin imponer de forma injusta una carga a las oportunidades de los demás, pueden ser útiles las preguntas estructuradas del análisis de proporcionalidad.

Dada la necesidad en Estados Unidos de contar con orientación para los cientos de tribunales federales y estatales inferiores que pueden juzgar demandas constitucionales,[92] puede ser demasiado esperar que la Corte se aleje por completo de los niveles de revisión. Pero el alejamiento ya comenzó, pues la Corte se ha negado de forma repetida a determinar qué "nivel" de escrutinio se aplica a las impugnaciones que involucran

[92] Véase Grove (2016) (en el cual se asocia el aumento de los niveles de revisión con el aumento en la carga de casos de la Corte Suprema y las demandas de controlar a los tribunales inferiores).

la discriminación contra gays o lesbianas en función de su orientación sexual.[93] La proporcionalidad como principio tiene mucho que ofrecer a la ley de Estados Unidos en esta área —por lo menos, un entendimiento de que a las categorías no se les debe dar un peso talismánico—, ya sea presuntamente excluyendo el uso de clasificaciones "sospechosas" (en especial cuando se usan para promover integración en lugar de mantener una separación jerárquica) o al permitir presuntamente otras formas de clasificaciones sin tener en cuenta su justificación y efecto reales.

Fuentes

Alexy, R. (2002), *Una teoría de derechos constitucionales*, Rivers, J. (trad.), Oxford: Oxford University Press.

Banks, R. R. y Ford, R. T. (2009), "¿(Cómo) importa el sesgo racial inconsciente? Derecho, política y desigualdad racial", *Emory L. J.*, núm. 58, p. 1053.

Barnett, R. (2014), "Deber judicial de examinar la legislación", *Val. U. L. Rev.*, núm. 48, pp. 903-920.

Beatty, D. (2004), El último Estado de derecho.

Chemerinsky, E. (1989), "Adelante: la Constitución que se desvanece", *Harv. L. Rev.*, núm 103, pp. 43-105.

_____ (2016), "La prueba con base racional es constitucional (y deseable)", *Geo. J. L. Pub. Pol'Y,* núm. 14, pp. 401-418.

Doran, M. (2014), "La legislación fiscal en el Congreso de los EEUU contemporáneo", *Tax L. Rev.*, núm. 67, pp. 555-559.

[93] Véanse, por ejemplo, *Obergefell*, 135 S Ct en 2607 (en el cual se trata al matrimonio como un derecho fundamental pero no se hace refierencia al escrutinio estricto); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

Engles, William R. (1985), "Comentario, la cuestión de la 'relación sustancial' en los casos de discriminación por género", *U. Chi. L. Rev.*, núm. 52, pp. 149-160.

Ford-Mazrui, K. (2011), "La tradición como justificación: el caso del matrimonio entre personas de sexos opuestos", *U. CHI. L. REV.*, núm. 78, pp. 281-343.

Grimm, D. (2007), "La proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional canadiense y alemana", *U. Tor. L. J.,* núm. 57, pp. 383-396.

Grove, T. (2016), "Niveles de escrutinio en un Poder Judicial jerárquico", *Geo, J.L. y Pub. Pol'Y*, núm. 14, pp. 475.

Hasen, R. (2012), "Cabildeo, búsqueda de rentas y la Constitución", *Stan L. Rev*, núm. 191, pp. 240-242.

Jackson, V. C. (2015), "El derecho constitucional en una era de la proporcionalidad", *Yale L.*, núm. 124, pp. 3094-3196.

Jolls, C. y Sunstein, C. (2006), "La ley del sesgo implícito", *Cal. L. Rev.,* núm. 94, p. 969.

Mathews, J. y Stone Sweet, A (2011), "¿Todas las cosas en proporción? Revisión de los derechos americanos y el problema de la ponderación", *Emory L. J.*, núm. 60, pp. 797-844.

Mill, J. S. (1859), *Sobre la libertad*.

Möller, K. (2012), *El modelo global de derechos constitucionales*, Oxford, OUP.

Mortage-X (2004), *Promedio Hipotecario Mensual Nacional*, disponible en: «http://mortgage-x.com/general/national_monthly_average.asp?Y=2004».

Perry, M. J. "Protección igualitaria moderna: una conceptualización y evaluación", *Colum. L. Rev.*, núm. 79, pp. 1023-1035.

Quintanilla, V. D. (2011), "Más allá del sentido común: un estudio psicológico social del efecto de Iqbal sobre las denuncias de discriminación racial", *Mich. J. Race y L.*, núm. 17.

Resnik, J. (1991), "'Naturalmente' sin género: mujeres, jurisdicción y cortes federales", *N. Y. U. I. Rev.,* núm. 66, pp. 1682-1773.

Schlink, B. (2012), "La proporcionalidad en el derecho constitucional: ¿por qué en todas partes menos aquí?", *Duke J. Comp & Int'l L.*, núm. 22, pp. 291-293.

Solis, G. D. (2010), *El derecho de los conflictos armados: derecho internacional humanitario en la guerra,* Cambridge, Cambridge University Press.

Strauss, D. A. (1995), "Acción afirmativa y el interés público", *Sup. Ct. Rev.*, núm. 1, pp. 25-31.

Treasury Direct (s. f.), *Valores y Programas de Tesorería*, disponible en: «https://www.treasurydirect.gov/indiv/products/products.htm)».

Tsakyrakis, S. (2013), *Sociabilidad liberal: individualismo desproporcionado* (28 de diciembre de 2013), disponible en: «https://tsakyrakis.wordpress.com/2013/12/28/disproportional-individualism/».

_____ (*2004*), *Tasas de Interés Promedio: julio de 2004*, disponible en: «https://www.treasurydirect.gov/govt/rates/pd/avg/2004/2004_07.htm».

Vermeule, A. (2015), "Decisiones racionalmente arbitrarias en el derecho administrativo", *J. Legal Stud.*, núm 44, p. 475.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

Los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación muestran un uso creciente del test de proporcionalidad para distintos fines, además es una de las metodologías de adjudicación más discutidas por la academia jurídica desde diferentes latitudes y tradiciones. Es necesario ahora plantear interrogantes más específicas que contribuyan a darle una aplicación concreta como una técnica confiable y ajustada a la seguridad jurídica, cuya respuesta brinde elementos para explicar mejor la metodología en todos sus aspectos, y a resolver sus problemas en la práctica.

En tal virtud, el Centro de Estudios Constitucionales determinó que la primera versión de su línea de investigación sobre Metodologías de la Adjudicación Constitucional se dedicara a explorar el test de proporcionalidad. El seminario permanente sobre este tema ha reunido a académicos, operadores jurídicos y estudiantes que se interesen en el test de proporcionalidad y en sus complejidades como herramienta de decisión judicial. Como un primer producto de este seminario, se publica *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, cuyos textos integrantes son muestra del dinamismo de la discusión que suscita el test como metodología de adjudicación constitucional.

Se espera que esta obra impulse una reflexión más extendida y profunda de las condiciones de legitimidad argumentativa y conceptual de las decisiones judiciales en el ámbito constitucional.