

Test de Escrutinio Estricto (segunda parte)

En la primera parte del ensayo,¹ se aclaró que el escrutinio estricto es “un test de revisión judicial respecto a determinadas leyes que se consideran inconstitucionales por limitar un derecho fundamental. El objetivo del test es evaluar si la restricción del derecho se justifica por ser “necesaria” o “apta” para servir a un interés gubernamental dominante o imperioso.”²

Es así como se llegó a la conclusión de que el test de escrutinio estricto no se puede aplicar a todos los casos, ni a todos los derechos. En efecto, se prestó particular atención en aclarar, por ejemplo, que la vulneración del derecho fundamental debe ser consecuencia de una distinción basada en una característica inherente a la persona como la contenida en el *Equal Protection Clause*³ (cláusula de igual protección); por lo que es necesario ser cuidadoso para no exceder la aplicación del escrutinio estricto.

En efecto, este es un riesgo en el que incurre el sistema judicial de nuestro país, en donde la aplicación del escrutinio estricto se extiende, por ejemplo, a la presunta inconstitucionalidad de una ley por hacer una distinción basada en categorías que no se fundan en características inherentes a la persona.

Por lo tanto, a la luz de lo expuesto, es importante en este artículo (segunda parte) aclarar los casos a nivel nacional en donde será posible la aplicación del escrutinio estricto, y cómo se desarrolló su estructura en la jurisprudencia nacional.

¹ Centro de Ética Judicial, Ensayos, *El Test de Escrutinio Estricto*, p. 1. Disponible en: http://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/el_test_de_escrutinio_estRICTO.pdf

² *Ibíd*

³ *The Equal Protection Clause is located at the end of Section 1 of the Fourteenth Amendment: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; **nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.** [emphasis added].* [Traducción libre: La Cláusula de Igual Protección se coloca al final de la primera sección de la décimo cuarta enmienda: todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá un Estado privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; **ni negar a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes**]. Énfasis agregado.

Ahora bien, al igual que el sistema norteamericano, el test de escrutinio estricto encontró amplia aplicación en los casos de igualdad y no discriminación. En particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido su aplicación en los casos en que una ley contenga una distinción basada en alguna de las llamadas “categorías sospechosas”.

En virtud de ello, se abordará el concepto general de “categorías sospechosas” y cómo se identifican a nivel internacional y nacional; así como el de “discriminación”, señalando algunos criterios dictados por la SCJN para su determinación.

Una vez identificado el ámbito de aplicación del test de escrutinio estricto se procederá en este segundo ensayo, con el análisis de su estructura, retomando en particular las diferencias mencionadas en el ensayo precedente, entre la doctrina del test de escrutinio estricto con la del test de proporcionalidad.

1) Las categorías sospechosas en general

Como se mencionó en la primera parte del ensayo, el concepto de “categoría sospechosa” surge con la doctrina del test de escrutinio estricto desarrollada por la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense.

La jurisprudencia norteamericana considera las “categorías sospechosas” como posibles causas de discriminación, por ser características innatas de la persona, tales como el color de la piel, la raza, el sexo, el idioma o el origen nacional o social; por lo que una **distinción injustificada**⁴ basada en una de estas categorías, puede ser causa de vulneración al derecho humano de igualdad. Es importante hacer notar que la propia definición de categorías sospechosas, las establece como **posibles causas** de discriminación, debido a que no en todos los casos en que se hace una diferencia o distinción existe discriminación.

Considerando la definición mencionada en el ensayo publicado con anterioridad, se deberán de tomar en cuenta sólo los casos de discriminación jurídica:

⁴ Por distinción injustificada se debe de entender una diferenciación arbitraria, es decir, que no se basa en la razón, ni es objetiva.

“Se entiende que hay discriminación cuando se distingue y excluye a una persona por cualquier motivo, pero no toda discriminación es jurídica, lo será cuando con ella se tenga por objeto menoscabar o anular el goce o ejercicio de un derecho. Discriminar a una persona no significa diferenciarla de otra en el trato significa colocarla en una situación jurídica de inferioridad utilizando como base de la descalificación un rasgo o una característica que es innata e inmodificable. No se trata de una diferencia de trato “entre” las personas por cualquier razón, se trata de una diferencia injusta “contra” las personas basadas en un prejuicio negativo que anula o restringe el ejercicio de derechos. Al respecto se deben considerar algunos elementos para determinar que hay discriminación: En primer lugar, la discriminación o diferenciación debe ser injustificada; es decir, que no es la misma para todos o que no estaba prevista previamente; debe estar basada en un rasgo inherente de la persona o atentar contra su dignidad; y ser jurídica, es decir, que daña la esfera jurídica de la persona, anulando o menoscabando un derecho.”⁵

De la lectura de esta definición se desprenden tres elementos esenciales: 1. La discriminación se debe basar en una característica inherente a la persona; 2. Debe dañar su esfera jurídica, es decir afectar su derecho o el ejercicio del mismo; y 3. No ser igual para todos (si es que procede), o para quienes se encuentren en el supuesto de la norma que la prevé.

2) Las categorías sospechosas a nivel internacional

En un segundo momento, las “categorías sospechosas” o “motivos de discriminación” han empezado erróneamente a utilizarse a nivel internacional como causas de discriminación, sin distinguir entre las características y condiciones inherentes de la persona y los anhelos, preferencias o incluso causas de orden político o circunstancial que no son connaturales del ser humano. En particular, empezaron a utilizarlas los comités de las Naciones Unidas y, en algunos casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a través de su jurisprudencia, adjudicando categorías que no existen en los tratados internacionales, pero que mediante una *liberrimus interpretatio*⁶ han decidido que lo son. Como ejemplo de ello se copian los siguientes artículos y posteriormente cómo se les pretende interpretar:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Art. 1.1. *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a*

⁵ Centro de Ética Judicial, *Guía de Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos para Jueces, Magistrados y Operadores del Derecho*, pp. 40-41.

⁶ Libre interpretación.

*toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*⁷

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Art. 2.1 “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, **sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.**”⁸

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Art. 2.2 “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, **sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.**”⁹

Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó la Observación General N° 20¹⁰. En ella, el Comité considera algunas de las llamadas categorías sospechosas como si estuvieran contenidas en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también mediante una libre interpretación de este artículo y sin tener facultades para ello, al afirmar que la expresión “cualquier otra

⁷ Énfasis agregado. Convención Americana sobre los Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 de noviembre de 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

⁸ Énfasis agregado. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

¹⁰ Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del ECOSOC, sobre *la no discriminación*, en mayo de 2009. Consultada el 1° de agosto de 2017. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN20

condición social”¹¹ incluye otras categorías como la orientación sexual, las preferencias sexuales y la identidad de género.¹²

Al respecto, es necesario precisar que este Comité es un órgano subsidiario del ECOSOC (creado por éste en 1985)¹³, y en virtud de que el ECOSOC no cuenta con facultades de interpretación de un tratado en vigor (pues no se las confiere el tratado, ni su propio reglamento), tampoco puede delegar esta función (que no tiene) en un órgano inferior y por tanto, aunque esta observación esté redactada en modo imperativo, la realidad es que no es jurídicamente vinculante para nadie. Tampoco queda claro cuál es el fundamento por el que este Comité se arroga la facultad de emitir o aprobar observaciones generales, toda vez que ni siquiera el Pacto contempla la existencia de este Comité. Ahora bien, en el supuesto de que el ECOSOC le hubiera atribuido al Comité esta facultad (de la que por cierto tampoco goza el ECOSOC), dichas observaciones generales **no son jurídicamente vinculantes para los países.**

Lo anterior se funda en dos razones: la primera es que las recomendaciones de la Asamblea General de la ONU no son jurídicamente vinculantes¹⁴, y si es así para el órgano más importante de Naciones Unidas (puesto que es el que reúne a todos los Estados Parte), por mayoría de razón, ni el ECOSOC y muchos menos uno de sus órganos subsidiarios –como lo es el Comité- puede vincular a los países. De hecho, los documentos jurídicamente vinculantes para los países, son por excelencia, los tratados internacionales.

La segunda se desprende del propio Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues en él se regulan las funciones del Consejo Económico y Social en lo referente a los informes que deben presentar los Estados Parte para revisar sus avances en el cumplimiento del Pacto (artículos 16 – 25¹⁵), y como se dijo antes, ni el ECOSOC goza de dichas facultades, ni el Comité es mencionado en el Pacto, y cuando el Pacto hace referencia a los órganos subsidiarios en el artículo 22, lo hace de forma general y les da las

¹¹ Expresión contenida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹² Observación N° 20, punto 32.

¹³ Listado de organismos subsidiarios del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), En: <https://www.un.org/ecosoc/es/content/subsidiary-bodies-ecosoc>, Consultada el 1° de agosto de 2017.

¹⁴ Funciones y Poderes de la Asamblea General de Naciones Unidas. Consultada el 1° de agosto de 2017, en: <http://www.un.org/es/ga/about/background.shtml>

¹⁵ Al respecto se sugiere consultar los artículos 16 al 25 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

siguientes atribuciones:

*“El Consejo Económico y Social podrá señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus **órganos subsidiarios y los organismos especializados** interesados que se ocupen de prestar asistencia técnica, toda cuestión surgida de los informes a que se refiere esta parte del Pacto que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del presente Pacto.”¹⁶*

Así que se puede concluir que dicho Comité, aunque tiene carácter de órgano subsidiario del Consejo, no tiene competencia para emitir o aprobar observaciones generales dirigidas a los países y mucho menos para interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ahora bien, en otro ejemplo similar, la Corte IDH en el caso Atala Riffo vs. Chile, se arroga una supuesta “interpretación evolutiva” y la justifica afirmando que ésta es “consecuente” con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana y de la Convención de Viena, para poder interpretar el artículo 1.1 de la siguiente manera¹⁷:

“Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas.”¹⁸

En el punto 89 de la Sentencia Atala vs Chile, la Corte IDH recurre también a las observaciones de Comités de seguimiento de tratados, que como se explicó antes, no son jurídicamente vinculantes, e incluso acude a la Observación 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirmando que «el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”».

¹⁶ Énfasis agregado” Artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁷ Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012, consultable en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, párrafo 83, p. 29.

¹⁸ *Ibidem*, párrafo 85, p. 30.

De esta manera, la Corte incluye en la expresión “otra condición social” la categoría de la “orientación sexual”, como otra categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en realidad no la prevé.

Del mismo modo, el punto 31 de la Observación 20 da el trato de categoría sospechosa al Estado Civil y Familiar aunque no estén previstos en el PIDESC, en donde trata de apuntar que las diferencias que provoca el estado civil de las personas puede ser discriminatorio, al igual que la situación familiar.

Es importante señalar que aunque la intención de la Corte sea para proteger una causa que considere justa, no puede ir más allá de sus facultades (ya sean las que le atribuye la CADH, u otro tratado sobre el que tenga competencia), esto por principio de orden, seguridad y certeza jurídica, y en su caso especialmente por respeto a la soberanía de los países. Además, y debido a que el artículo 31 de la propia Convención Americana la limita, al establecer dentro de las normas de interpretación, que para el “Reconocimiento de Otros Derechos (...) Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.” Es decir, a través de enmiendas o nuevos protocolos que firmen los Estados Parte. Esto, para evitar que por un exceso en la actuación de algún órgano internacional (en este caso la Corte IDH) se viole la soberanía de un país, al violentar la seguridad y certeza que da la Convención Americana con una “interpretación evolutiva”.¹⁹

En este mismo sentido, Chile argumentó en su defensa por el caso Atala (y no sin razón), que “el [Sistema Interamericano de Derechos Humanos] requiere de la credibilidad y confianza de los Estados miembros. Una relación de confianza recíproca puede ser afectada si la Corte toma un rol demasiado regulador, sin otorgar consideración al sentir mayoritario de los Estados”. El Estado alegó que “al suscribir la [Convención Americana], los Estados miembros consintieron en obligarse por sus disposiciones. Si bien la interpretación jurídica puede ser flexible y el lenguaje de los derechos humanos reconoce su desarrollo progresivo, los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían. De ser necesario

¹⁹ Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 29 – 31. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

ampliar el alcance del tratado, en materias en que no existe un consenso mínimo, la misma [Convención Americana] establece un procedimiento para la incorporación de protocolos que protejan otros derechos”.²⁰

En efecto, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, la Corte IDH deberá seguir algunas reglas en la interpretación textual de la Convención Americana, las que son contenidas en los artículos 31 y 32 de la misma Convención de Viena²¹. En particular, la interpretación habrá de ser fiel al texto, preámbulo y anexo de la Convención, conforme al sentido del tratado y conforme a los acuerdos entre las partes contratantes, no pudiendo adjuntar palabras o derechos no acordados entre las partes, como se hizo en el caso Atala.

Así las cosas, se puede concluir que a nivel internacional las “categorías sospechosas” han sido el resultado de una interpretación arbitraria de los tratados internacionales por parte de algunos comités y de la Corte IDH, en un intento por aumentar su competencia.

3) Categorías sospechosas a nivel nacional

En México, la Suprema Corte a través de su jurisprudencia indicó que por “categorías sospechosas” se deben de entender, las enunciadas en el último párrafo del artículo 1°

²⁰ Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile, párrafo 74, p. 27.

²¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de fecha 23 de mayo de 1969, firmada por México *ad referendum* el 23 de mayo de 1969, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de marzo de 1973 y ratificada el 5 de julio de 1974:

31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

constitucional:

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, es decir, en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. constitucional (el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas), el juzgador debe realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad. Si bien la Constitución no prohíbe que el legislador utilice categorías sospechosas, el principio de igualdad garantiza que sólo se empleen cuando exista una justificación muy robusta para ello”²².

No obstante que el legislador mexicano ya había añadido nuevas “causas de discriminación” de las contenidas en los primeros tratados internacionales de derechos humanos, la SCJN afirma también que en uso de una supuesta facultad de interpretación evolutiva, se pueden ir sumando categorías sospechosas.²³ Al respecto cabe señalar que una cosa es que el legislador agregue una causa de discriminación como el Estado Civil (que si bien no está contemplado en los tratados aquí mencionados, sí lo está en un tratado especializado como

²² Jurisprudencia (Constitucional), Tesis 1a/J. 66/2015 (10a) Primera Sala, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, con rubro: **IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO**. Consultable en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2010/2010315.pdf>.

²³ Al respecto es posible consultar la siguiente tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que hace referencia primariamente a las categorías sospechosas contenida en los Tratados Internacionales: Tesis Jurisprudencial. 2010268. 1a. CCCXVI/2015 (10a.). Primera Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 23, Octubre de 2015, p. 1645. **“CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. LA INCLUSIÓN DE NUEVAS FORMAS DE ÉSTAS EN LAS CONSTITUCIONES Y EN LA JURISPRUDENCIA ATIENDE AL CARÁCTER EVOLUTIVO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**. La razón de tener un catálogo de categorías sospechosas es resaltar de manera no limitativa que existen ciertas características o atributos en las personas que han sido históricamente tomadas en cuenta para categorizar, excluir, marginalizar y/o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociados con estos atributos o características. Así por ejemplo, las categorías de sexo, raza, color, origen nacional, posición económica, opiniones políticas, o cualquier otra condición o situación social, han sido consideradas como las principales categorías sospechosas incluidas en los tratados internacionales y en diversas Constituciones. Ahora bien, con el paso del tiempo, se ha incluido en la jurisprudencia y/o en las Constituciones otras categorías atendiendo a otras formas de discriminación detectadas. Así pues, por un lado, en atención al carácter evolutivo de la interpretación de los derechos humanos, la jurisprudencia convencional y constitucional ha incluido, por ejemplo, a la preferencia sexual como una categoría sospechosa. Por otro lado, diversas Constituciones han previsto expresamente nuevas formas de categorías sospechosas, tales como la edad, la discapacidad y el estado civil -o el estado marital-. “Disponible en: http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8df8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Do minio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=2&Epp=20&Desde=-100&Hasta=100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2010268&Hit=2&IDs=2010315,2010268&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=THE_TESIS&Tema=8580

es el de la CEDAW²⁴), y otra que la Suprema Corte se arroge una facultad legislativa so pretexto de una supuesta “interpretación evolutiva”.

En un ejercicio para dilucidar cuáles son las causas de discriminación de algunos tratados internacionales y las contenidas en la Constitución mexicana, se encontró lo siguiente:

Causas de discriminación en CPEUM: Comparativo con tratados internacionales.			
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)	Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Art. 1°	Art. 2°	Art. 1°	Art. 3°
-	Raza	Raza	Raza
-	Color	Color	Color
-	Sexo	Sexo	Sexo
-	Idioma	Idioma	Idioma
Religión	Religión	Religión	Religión
Opiniones	Opinión política o de otra índole	Opinión política o de otra índole	Opinión política o de otra índole
Origen nacional	Origen nacional o social	Origen nacional o social	Origen nacional o social
-	Posición económica	Posición económica	Posición económica
-	Nacimiento	Nacimiento	Nacimiento
Condición social	Cualquier otra condición social	Cualquier otra condición social	Cualquier otra condición social
Origen étnico	-	-	-
Género	-	-	-
Edad	-	-	-
Discapacidades	-	-	-
Condiciones de salud	-	-	-
Preferencias sexuales	-	-	-
Estado civil	-	-	-
Cualquier otra que atente contra la dignidad humana	-	-	-

Fuente: Tabla elaborada por María Emilia Montejano Hilton, a partir de tratados internacionales y el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, después de su reforma en 2011. Fecha de elaboración: enero de 2012.

El comparativo anterior hace notar importantes diferencias, un ejemplo es la preferencia

²⁴ Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), que en su artículo 1° prevé el estado civil como una causa de discriminación de la mujer. Consultada el 8 de agosto de 2017, Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/spanish/Convention-CEDAW-Spanish.pdf>

sexual, categoría que no se menciona en los textos internacionales, porque hasta ahora, éstos señalan que hay discriminación y por tanto una violación al derecho humano de igualdad, cuando se hacen diferencias basadas en características propias e innatas de cada ser humano, es decir, las que no se pueden cambiar a voluntad, tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión y el origen nacional o social.

Así las cosas, las “preferencias sexuales” o la “orientación sexual” no se incluyen como derechos protegidos en los Tratados Internacionales por no ser características innatas al ser humano. Por el contrario, las preferencias sexuales pueden ser definidas como aspectos que dependen de la voluntad personal y pueden variar cada día²⁵.

Por lo anterior, sorprende su inclusión en el artículo primero constitucional, al no corresponder a los instrumentos internacionales, y por incluir categorías sospechosas que no son inherentes a la persona.

4) Algunos criterios a nivel nacional que integran el principio de igualdad y no discriminación

Una vez identificadas las “categorías sospechosas”, conviene señalar algunos elementos que puedan facilitar el entender el principio de igualdad y no discriminación dictados en la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL. *El principio de igualdad y no discriminación permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier tratamiento que resulte discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la Constitución es, per se, incompatible con ésta. Es contraria toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con algún privilegio, o que, inversamente, por*

²⁵ Basta buscar en Internet alguna referencia a las preferencias sexuales para encontrar que éstas implican como la palabra sugiere: “...un grado de **elección**, que determina la vida sexual de una persona al establecer un género como objeto de deseo, por lo que es incorrecto utilizar el término para referirse a la orientación sexual de una persona.” Consultado en https://es.wikipedia.org/wiki/Orientaci%C3%B3n_sexual, el 7/08/2017. O las más de 60 preferencias u orientaciones sexuales que el parlamentario alemán *Steffen König* señaló en su discurso, video Consultado en: https://www.youtube.com/watch?v=51uFy7qVj_g, El: 7/08/2017. O sobre el género fluido (*gender fluid*) que puede variar incluso en un mismo día, según señala una de las activistas de la llamada teoría queer, En: <https://www.youtube.com/watch?v=BpFdYR8dqEA>, el: 7/08/2017.

considerarlo inferior, sea tratado con hostilidad o de cualquier forma se le discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Sin embargo, es importante recordar que no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, siendo jurídicamente diferentes la distinción y la discriminación, ya que la primera constituye una diferencia razonable y objetiva, mientras que la segunda constituye una diferencia arbitraria que redundaría en detrimento de los derechos humanos. En igual sentido, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada. No se debe perder de vista, además, que la discriminación tiene como nota característica que el trato diferente afecte el ejercicio de un derecho humano. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en las categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.”²⁶

La jurisprudencia de la misma Suprema Corte supra mencionada nos proporciona importantes criterios para discernir cuando estamos en presencia de un caso de discriminación.²⁷

En primer lugar no toda diferencia en el trato hacia una persona o un grupo de personas es discriminatoria; siendo jurídicamente diferente discernir entre situaciones diferentes y la discriminación como diferencia arbitraria que redundaría en detrimento de los derechos humanos.

Se puede, por ejemplo, mencionar el caso de una persona con discapacidad física o mental. Al respecto, es preciso recordar que, aunque en los tratados internacionales no se menciona la discapacidad como “categoría sospechosa”, las personas con discapacidad son protegidas a nivel regional a través de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIEDPC), expedida por la

²⁶ Jurisprudencia (Constitucional), Tesis P./J. 9/2016 (10a) Pleno, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p.112. Consultable en:

<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2012594&Clase=DetalleTesisBL&Semana=0>

²⁷ Con respecto a la definición del concepto de discriminación se hace referencia al precedente ensayo “El test de Escrutinio Estricto”, pp. 3 y 4, Consultable en:

http://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/el_test_de_escrutinio_estricto.pdf

Organización de Estados Americanos (OEA 2001)²⁸; y global con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), de Naciones Unidas (ONU 2008)²⁹. Tales Convenciones permiten a los Estados parte aplicar los ajustes necesarios, según el caso en concreto, para fortalecer la protección de los derechos de la persona con discapacidad. Así que, aplicar los ajustes necesarios, como lo son la institución de la tutela o curatela, para proteger a las personas afectadas de discapacidad mental, no constituye un caso de discriminación, sino el cumplimiento de las obligaciones de protección de sus derechos, por encontrarse en una situación objetivamente diferente con respecto a una persona que no sufre discapacidad.

También se pueden mencionar los casos en los que se aplica un tratamiento diferenciado a los niños o los jóvenes por no estar, su personalidad, completamente desarrollada como la de una persona adulta. Al respecto, cabe decir que, si bien la edad no entra en las categorías que incluyen los artículos 1.1 y 2.1 supra mencionados, los derechos de los niños encuentran su protección a nivel internacional, entre otras, en la Convención sobre los Derechos del Niño³⁰. En su artículo 32, esta Convención establece un trato diferenciado para los niños que trabajan y en el 40 para el niño cuando infringe una ley penal. Al igual que los casos de discapacidad arriba mencionados, éstos tampoco son casos de discriminación, sino que el trato diferenciado encuentra su justificación en la situación del niño, objetivamente diferente al de una persona adulta.

Ahora bien, un segundo criterio dictado por la jurisprudencia de la Suprema Corte es que la discriminación debe de ser jurídica, es decir afectar el ejercicio de un derecho humano contenido a nivel constitucional o en los tratados internacionales. Como afirma el mencionado artículo 1.1 de la Convención Americana “todos los derechos en ella contenidos”. Por ello (se insiste), no puede considerarse discriminación el afectar el ejercicio de un “interés” o “preferencia” que no encuentra su fundamento en los tratados internacionales, o mejor aún, en la inherencia de éstos a la persona y su intrínseca dignidad.

²⁸ Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, expedida por la Organización de Estados Americanos (OEA 1999), vinculación de México 25 de enero de 2001, publicación en el Diario Oficial de la Federación: 12 de marzo de 2001.

²⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de Naciones Unidas (ONU 2008), vinculación de México 17 de diciembre 2007, publicación en el Diario Oficial de la Federación: 2 de mayo de 2008.

³⁰ Convención sobre los Derechos del Niño. AG, Res., 44/25 (1989), vinculación de México 21 de Septiembre 1990. Publicación en el Diario Oficial de la Federación 25 de enero de 1991.

Finalmente, la Suprema Corte aclara que las distinciones basadas en las categorías sospechosas para ser constitucionales deben tener una justificación muy robusta, es decir deben ser “necesarias” o “aptas” para servir un interés gubernamental dominante o imperioso.³¹

5) Estructura del test de escrutinio estricto

Una vez identificada la posible inconstitucionalidad de una norma por hacer una distinción basada en una categoría sospechosa, será posible recurrir a la aplicación del test de escrutinio estricto, siguiendo con el análisis de su estructura, tal y como se aplica en la SCJN.

Ahora bien, del análisis de dos tesis de la SCJN se desprenden los pasos necesarios para una correcta aplicación del escrutinio estricto.

“CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO ESTRICTO.

La constitucionalidad de las distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa debe analizarse a través de un escrutinio estricto, pues para estimarse constitucionales requieren de una justificación robusta que venza la presunción de inconstitucionalidad que las afecta. Para ello, en primer lugar, debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional, es decir, debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante y no simplemente una finalidad constitucionalmente admisible.^[32] En segundo lugar, debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa, es decir, debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con

³¹ Ensayo del Centro de Ética Judicial “El test de Escrutinio Estricto”, p. 4 consultable en: http://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/el_test_de_escrutinio_estRICTO.pdf

³² “Se considera el concepto de interés gubernamental “dominante”, “como algo estrictamente “necesario” o “crucial”, diferente con respecto a algo meramente preferido. Como por ejemplo, la seguridad nacional, la preservación de la vida de un gran número de individuos y la no violación de protecciones constitucionales explícitas.” *Ibíd*,

*tales objetivos. Finalmente, la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva para conseguir la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.*³³

“CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO.

*Una vez establecido que la norma hace una distinción basada en una categoría sospechosa - un factor prohibido de discriminación- corresponde realizar un escrutinio estricto de la medida legislativa. El examen de igualdad que debe realizarse en estos casos es diferente al que corresponde a un escrutinio ordinario. Para llevar a cabo el escrutinio estricto, en primer lugar, debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional, sin que deba exigirse simplemente, como se haría en un escrutinio ordinario, que se persiga una finalidad constitucionalmente admisible, por lo que debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante; es decir, proteger un mandato de rango constitucional. En segundo lugar, debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa. La medida legislativa debe estar directamente conectada con la consecución de los objetivos constitucionales antes señalados; es decir, la medida debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que se considere suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos. Por último, la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.*³⁴

Las jurisprudencias de la SCJN supra mencionadas nos proporcionan los pasos necesarios que se deben cumplir para la realización del test de escrutinio estricto.

Una vez establecida la **presunción de inconstitucionalidad** de una norma, por contener una distinción que se basa en una categoría sospechosa, será necesario que los argumentos en los que se apoye su validez, proporcionen justificaciones razonables para probar su constitucionalidad.

³³ Jurisprudencia, Tesis 1a/J. 87/2015 (10a) Primera Sala, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 109. Consultable en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2010595&Semana=0>

³⁴ Jurisprudencia, Tesis P./J. 10/2016 (10a) Pleno, Libro 34, Septiembre de 2016 Tomo I, p.8. Consultable en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2012/2012589.pdf>

Las argumentaciones deberán basarse, en primer lugar, en probar que la distinción de la norma en examen “cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional”. Las jurisprudencias de la Suprema Corte citadas hacen una importante distinción entre el *escrutinio ordinario*, con el cual sería suficiente probar que la ley persigue una finalidad constitucionalmente admisible, es decir no sea abiertamente contradictoria con las normas constitucionales; y el *escrutinio estricto*, con el que es necesario probar que la ley persigue “un objetivo constitucionalmente importante”.

En segundo lugar, será necesario probar que “la distinción legislativa debe estar estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa”; es decir, que la medida debe servir para lograr, no sólo potencialmente sino efectivamente, la finalidad constitucional imperiosa.

Finalmente, será necesario probar que “la distinción legislativa sea la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa”.

Aunque si la jurisprudencia de la SCJN no aclara este último punto, de conformidad con la estructura del test de escrutinio estricto de la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense, será necesario en primer lugar verificar si la medida es subinclusiva o sobreinclusiva.

En el caso en que la norma sea sobreinclusiva “será necesario hacer una comparación para verificar si la ley en cuestión es proporcional con el fin perseguido, y si otras medidas en juego puedan ser más eficaces a un costo menor”.³⁵ Solamente en este último paso se podrá aplicar el test de proporcionalidad en sentido estricto, es decir la última fase del test de proporcionalidad es verificar que la medida sea la menos restrictiva posible para conseguir la finalidad imperiosa.

Al respecto, en la aplicación del test de escrutinio estricto uno de los riesgos en que se puede incurrir es la confusión entre la estructura del test de proporcionalidad y la de escrutinio estricto, por ello es importante precisar que:

³⁵ En la definición de este último paso se hace referencia al precedente ensayo “El test de Escrutinio Estricto”, pp. 5 a 7, en: http://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/el_test_de_escrutinio_estricto.pdf

“En primer lugar, los dos test presentan diferencias desde un punto de vista cultural y político, por nacer y desarrollarse en diferentes sistemas judiciales; el test de proporcionalidad alemán y el test de escrutinio estricto estadounidense. Además, mientras el primero fue introducido para fortalecer la protección de los derechos fundamentales de las personas que encontraban poco apoyo en los textos constitucionales; el segundo se desarrolló por existir una protección excesiva de los derechos fundamentales por parte de la USSC (considerados como absolutos), basado en una lectura excesivamente literal del texto constitucional.”³⁶

Por lo tanto, si bien tienen la misma estructura básica –es decir “verificar si hay una restricción de un derecho fundamental por parte de un acto gubernamental, que el gobierno demuestre que la restricción persigue un interés gubernamental dominante y su proporcionalidad”³⁷–, su desarrollo presenta importantes diferencias, en cuanto a que el test de escrutinio estricto retoma y aplica sólo el tercer subprincipio de la estructura del test de proporcionalidad: el de proporcionalidad en sentido estricto.

En conclusión, la aplicación del test de escrutinio estricto en nuestro sistema judicial encuentra similitudes con respecto a la estructura del test de la jurisprudencia norte americana; sin embargo, será muy importante individualizar los casos en que será posible su aplicación.

Asimismo, se han aclarado algunas diferencias entre las categorías sospechosas constitucionales e internacionales, que, como quedó demostrado, algunas de ellas no constituyen características innatas del ser humano; por lo que no debieran considerarse parte de los derechos humanos.

³⁶ Mosche Cohen Eliya, *American Balancing and German Proportionality: the historical origins*, *Int. Const Law* (2010), Consultable en inglés en: <https://academic.oup.com/icon/article/8/2/263/699991>

La traducción es nuestra.

³⁷ *Ibíd.* La traducción es nuestra.