

## El test de Escrutinio Estricto

En los últimos años, la recepción de algunas doctrinas jurisprudenciales de derecho comparado en nuestro sistema judicial,<sup>1</sup> como la doctrina estadounidense del test de escrutinio estricto, obliga a los operadores del derecho a conocerlas para su correcta aplicación.

El término “escrutinio estricto” se refiere a un test de revisión judicial respecto a determinadas leyes que se consideran inconstitucionales por limitar un determinado 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.

El “escrutinio estricto”, tiene su origen en el caso *United States v. Carolene Products*,<sup>2</sup> asunto relativo a una revisión judicial sobre la inconstitucionalidad de una ley federal que prohibía el comercio interestatal de leche entera.

El caso es más conocido por su famosa *Footnote Four*<sup>3</sup>, en la que la Suprema Corte de los Estados Unidos (USSC por sus siglas en inglés) apuntó la idea de crear diferentes niveles de escrutinio o revisión judicial sobre la inconstitucionalidad de algunas leyes, en relación a la importancia de los derechos que afectan.

En el caso, se estableció que algunos derechos constitucionales son más importantes respecto a otros, por considerar que protegen directamente la dignidad de las personas. En particular, los contenidos tanto en la Primera Enmienda (*Amendment I*)<sup>4</sup>, como lo son la

<sup>1</sup> En esta primera parte se presentará un estudio doctrinal del escrutinio estricto, mientras en una segunda parte se presentará cómo ha sido la recepción en nuestro sistema judicial.

<sup>2</sup> *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938).

<sup>3</sup> Al respecto se menciona en la Footnote Four: “*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth*”; [traducción libre: puede haber un margen más estricto para el funcionamiento de la presunción de constitucionalidad cuando la legislación aparezca en todos los casos dentro de una prohibición específica de la Constitución, como las de las primeras diez enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando se las abraza dentro de la Décimocuarta].

<sup>4</sup> First Amendment (*Amendment I*): *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.* [Traducción libre: El Congreso no hará ley alguna por la que

libertad de religión, de expresión, de reunión y la reparación de agravios, como en la Primera Sección de la Décima Cuarta Enmienda (*Amendment XIV*) de la Constitución de los Estados Unidos de América conocida como la *Equal Protection Clause*<sup>5</sup> (*cláusula de igual protección*), que garantiza la igualdad de todas las personas ante la ley.

Así, el “escrutinio estricto” se realiza para las leyes que restringen derechos “preferidos” o fundamentales, dejando un escrutinio bajo o básico (*rational basis test*<sup>6</sup>) para las que afectan otras cuestiones, como lo son las de carácter económico, tal y como se resolvió el caso.

Posterior a la resolución del caso *Carolene Products*, de 1938, el escrutinio estricto continuó siendo utilizado por la Corte, desarrollándose en el transcurso de los años.

Richard Fallon, en su libro “*Strict Judicial Scrutiny*”, nos explica la fórmula o técnica para la aplicación del escrutinio estricto, el que según el autor se compone de tres pasos cruciales, a saber: 1) Identificar los derechos fundamentales cuya restricción requiere de un escrutinio estricto; 2) Determinar el interés gubernamental “dominante”; y 3) Determinar si la ley es “necesaria” para servir a ese interés gubernamental “dominante”.<sup>7</sup>

adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios].

<sup>5</sup> *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: *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 Estado alguno 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 dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.**]

<sup>6</sup> Bajo el cual un tribunal debe determinar si una ley está racionalmente relacionada con un interés gubernamental legítimo.

<sup>7</sup> Richard Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 *UCLA L. Rev.* 1267 (2006-2007), pág. 70, consultable en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/uclalr54&div=34&id=&page=> , última consulta el 22 de mayo de 2017.

## 1) Identificación de los derechos cuya restricción requiere un escrutinio estricto

Como se mencionó, de acuerdo a la doctrina elaborada por la *USSC*, cuando una ley limita o restringe alguno de los derechos contenidos en la Primera Enmienda y el relativo a la Cláusula de Igual Protección, se utiliza el test de escrutinio estricto.

Ejemplo del primer supuesto, es el caso *Buckley v. Valveo*<sup>8</sup>, mediante el cual la *USSC* llevó a cabo la revisión constitucional de la *Federal Election Campaign Act (FECA)*, por contener algunos límites de financiamiento en favor o en nombre de candidatos de cargos federales, durante la campaña electoral.

En particular, en la demanda se argumentó que los límites contenidos en la ley en cuestión, contravenían la Primera Enmienda sobre la libertad de expresión, debido a que, una restricción de los gastos reduciría la cantidad y la calidad de las comunicaciones y discursos políticos de los candidatos. Así, el derecho afectado por parte de esa Ley Federal, se identifica con el contenido en la disposición de la *First Amendment* sobre la libertad de expresión.

Ahora bien, la Cláusula de Igual Protección por la que se garantiza la igualdad de todas las personas, ha sido utilizada contra la discriminación por razón de raza u otras clasificaciones “sospechosas”, como por ejemplo el origen nacional y la religión.<sup>9</sup>

Al respecto, cabe aclarar, el concepto de discriminación en el ámbito jurídico:

*“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*

<sup>8</sup> *Burkley v. Valveo*, 424 US (1976), sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, consultable en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/case.html#64>

<sup>9</sup> *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

*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.”<sup>10</sup>*

## **2) Determinar los intereses gubernamentales “dominantes” o imperiosos**

Una vez determinado el derecho afectado, se puede proceder con la identificación del interés gubernamental “dominante”.

Si bien la Suprema Corte de los Estados Unidos de América no define qué se entiende por interés gubernamental “dominante”, la misma ha establecido que el Gobierno es el que debe de presentar la prueba de la existencia de dicho interés.<sup>11</sup>

La determinación gubernamental puede incurrir en una evaluación arbitraria indebida, por ejemplo, dependiendo del tipo de gobierno, sea demócrata o republicano, pues tienen visiones totalmente opuestas.<sup>12</sup>

Para evitar ese riesgo, la Suprema Corte, en sus resoluciones propone que los intereses gubernamentales dominantes deben tener su origen y fundamento directamente en la constitución.<sup>13</sup>

Entonces, el concepto de interés gubernamental “dominante”, “generalmente se refiere a algo estrictamente “necesario” o “crucial”, diferente con respecto a algo meramente preferido.

<sup>10</sup> Centro de Ética Judicial, *Guía de Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos para Jueces, Magistrados y Operadores del Derecho*, pp. 40-41.

<sup>11</sup> Op. cit. supra nota 7; *Strict Judicial Scrutiny*, p. 78.

<sup>12</sup> *Ibidem*

<sup>13</sup> *Ibidem*, ver también nota 296 pág. 78 del libro *Strict Judicial Scrutiny*, en la que se menciona el ejemplo del caso *Regents of the Univ. Of Cal. V. Bakke*, 438 U.S. 265, 311 -13 (1978), en el que la Suprema Corte afirmó que una universidad pública tiene un interés dominante en poder seleccionar un cuerpo estudiantil diverso, que surge de su derecho de la Primera Enmienda a la libertad académica.

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”.<sup>14</sup>

Ahora bien, en el caso *Buckley v. Valveo*, el interés gubernamental “dominante” se identificó con la prevención de la corrupción como posible consecuencia de contribuciones de gran cuantía a determinados candidatos a cargo federal, durante su campaña electoral.

### **3) Determinar si la ley es “necesaria” para servir un interés gubernamental imperioso**

En este paso las preguntas a responder serían ¿la ley en cuestión es “necesaria” para servir al interés gubernamental dominante? y ¿existen otras medidas más eficaces en el cumplimiento de los fines gubernamentales y menos restrictivas de los derechos fundamentales?

Para dar respuesta, la fórmula propone revisar si la ley cumple el requisito de “necesidad”, para lo cual se analiza si la ley es o no *Underinclusiveness*, u *Overinclusiveness*<sup>15</sup> y, eventualmente la *proportionality*.<sup>16</sup>

#### **3.a) *Underinclusiveness***

En este punto, es importante verificar que la ley no sea *Underinclusiveness*, es decir, que la ley incluya una cantidad significativa de actividades que cumplan el interés gubernamental “dominante”, para que resulte necesaria.<sup>17</sup>

Respecto el caso *Buckley v. Valveo*, se puede decir que la Ley Federal resultaba *Underinclusiveness*, debido a que la misma limitaba solo las contribuciones que superaran

<sup>14</sup> Traducción libre, David A. Schulz, *Encyclopedia of the United States Constitution*, p. 707.

<sup>15</sup> Al respecto hay diferentes traducciones en español de las palabras “*Underinclusiveness*” y “*Overinclusiveness*”; en algunas doctrinas y jurisprudencias las nominan como “infra inclusión” o “sobre inclusión” mientras en otras las llaman “infra comprensiva” y “sobre comprensiva”.

<sup>16</sup> *Op. cit.* supra nota 7; *Strict Judicial Scrutiny*, p. 85.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 86

cierto monto de dinero, para evitar la corrupción entre los donantes y los candidatos, pero no consideró los montos inferiores que también podrían generar actos de corrupción directa.

### **3.b) *Overinclusiveness***

También será imperante verificar que la ley no sea *Overinclusiveness*, es decir, que la ley para ser “necesaria” debe considerar la medida menos restrictiva para los derechos y más eficaz para cumplir con los intereses gubernamentales.<sup>18</sup>

La ley federal en cuestión en el caso *Buckley v. Valveo* resultaba *Overinclusiveness* en cuanto se podían tomar en cuenta otras medidas que servían de manera más eficaz a los fines gubernamentales, afectando menos a los derechos. En ese sentido, como medida más eficaz se pudo considerar la del *soft money*.

El *soft money*, es el dinero no regulado donado en general a los partidos políticos durante la campaña. Esta medida permite erradicar actos de corrupción entre los donantes directos y los candidatos sin comprometer una restricción a la libertad de expresión durante la campaña electoral.

### **3.c) *Proporcionalidad***

En el caso en que una ley sea *Overinclusiveness*, por la presencia de otras medidas de igual o mayor eficacia, será necesario hacer una comparación para verificar si la ley en cuestión es proporcional con respecto al fin perseguido, y si otras medidas en juego pueden ser más eficaces a un menor costo.

En esta etapa se aplica un test de proporcionalidad, el cual, si bien presenta características analíticas y funcionales similares al test de proporcionalidad europeo, no se puede definir exactamente igual.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 87.

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.<sup>20</sup> <sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

A pesar de ello, los dos *test* tienen la misma estructura básica que busca verificar si hay una restricción de un derecho fundamental por parte de un acto gubernamental; y que el gobierno demuestre que la restricción persigue un interés gubernamental dominante y su proporcionalidad. Sin embargo, el desarrollo estructural presenta importantes diferencias.<sup>23</sup>

Cabe recordar que de acuerdo a Robert Alexy, el principio de proporcionalidad sigue tres principios, el de adecuación (o idoneidad), el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, que “dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas”.<sup>24</sup>

Como se señaló, la estructura del escrutinio estricto, presenta una similitud con el principio de proporcionalidad con respecto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,<sup>25</sup> el que es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación” la cual establece:

*“Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”.*<sup>26</sup>

<sup>19</sup> Mosche Cohen Eliya, *American Balancing and German Proportionality: the historical origins*, Int. Const Law (2010) <https://academic.oup.com/icon/article/8/2/263/699991/American-balancing-and-German-proportionality-The>

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Cabe decir que el test de proporcionalidad, en los sistemas judiciales de los Estados Unidos, no sólo se utiliza en el escrutinio estricto sino también en el llamado “balancing” (escrutinio).

<sup>22</sup> *Op. cit.* supra nota 19.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Respecto al tema se puede consultar *La aplicación del Principio de proporcionalidad del tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en [http://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/principio\\_de\\_proporcionalidad-docx.pdf](http://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/principio_de_proporcionalidad-docx.pdf)

<sup>25</sup> *Op. cit.* supra nota 19.

<sup>26</sup> *Op. cit.* supra nota 24.

Diversos autores opinan que el test de proporcionalidad es más estructurado y doctrinal por sus tres subprincipios respecto al test de escrutinio estricto, que tiene una estructura más general y vaga, por lo que el primero resulta ser más transparente en el proceso judicial y otorga un mayor grado de legitimidad en las decisiones judiciales.<sup>27</sup>

En el test de escrutinio estricto, se consideran ciertos derechos fundamentales como absolutos, y la evaluación de su restricción impuesta en la ley se realiza frente al interés gubernamental siempre y cuando sea dominante; mientras que en el test de proporcionalidad en sentido estricto se analizan dos principios de igual valor<sup>28</sup>.

En el caso *Buckley v. Valveo* la *USSC* concluyó que la ley federal en cuestión no era proporcional con respecto a la restricción que establecía al derecho protegido en la Primera Enmienda, al considerar principalmente que la restricción impuesta por la ley al derecho de libertad resultaba desproporcionada respecto a la eficacia de la misma en la prevención de la corrupción.

En conclusión, el test de escrutinio estricto, no es aplicable a todos los casos, ni a todos los derechos, por lo que al momento de tomar una decisión judicial, se debe ser cuidadoso, ya que *“aplicar escrutinio estricto con la consecuencia central de exigir al legislador que utilice el medio menos restrictivo posible en la regulación del derecho- a cualquier medida regulatoria relacionable con un derecho fundamental dejaría al legislador democrático huérfano de las condiciones necesarias para desplegar libremente sus competencias constitucionales básicas.”*<sup>29</sup>

<sup>27</sup> *Op. cit.* supra nota 19.

<sup>28</sup> *Ibidem.*

<sup>29</sup> Voto de minoría que formulan los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos y José Fernando Franco González Salas en la acción de inconstitucionalidad 74/2008, fallada por el Pleno de la Suprema Corte el doce de enero de dos mil diez, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de abril de 2010.