

Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay*

Thoughts on the principle of equality in the case law of the Supreme Court of Justice of Uruguay

*Martín Riso Ferrand***

RESUMEN. Partiendo de una argumentación repetida históricamente por la Suprema Corte de Justicia referida a los casos de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, se comprueba que las referencias corresponden a un período superado en el derecho comparado y cuyo uso actual compromete el análisis del tema en la jurisprudencia nacional. Constatado el problema, se proclama la necesidad de una urgente actualización de la jurisprudencia en un tema central.

PALABRAS CLAVE. Inconstitucionalidad de la leyes. Igualdad. Uruguay. Jurisprudencia.

ABSTRACT. It is from a reasoning which has been historically held by the Supreme Court of Justice as regards the cases of unconstitutionality on account of the infringement of the principle of equality that references are proved to correspond to a period in excess of comparative law and whose current use compromises the analysis of the matter within

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Decano y profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

the national case law. Upon the identification of the problem, there arises the need to urgently update case law in such a crucial area.

KEY WORDS. Unconstitutionality of laws. Equality. Uruguay. Case Law.

SUMARIO. **1.** Objeto. **2.** Precisión. **3.** La posición de la Corte. **4.** Interrogantes que motiva el pronunciamiento de la Corte. **5.** ¿A qué jurisprudencia se refiere la Corte? **6.** La igualdad en la jurisprudencia norteamericana. **7.** El cambio de jurisprudencia en los Estados Unidos. **8.** Continuación. **9.** Conclusiones.

1.

OBJETO

En la sentencia n.º 73, de 14 de abril de 2010, la Suprema Corte de Justicia rechazó la inconstitucionalidad de diversos artículos de la ley 18396 (referidos a la Caja Bancaria). Entre los fundamentos de la pretensión de inconstitucionalidad figuraba una infracción al principio constitucional de igualdad en la medida en que a un grupo de sujetos, que se encontraban comprendidos en el régimen general (sistema mixto de jubilaciones de BPS y AFAP), se los excluía del régimen general y se los trasladaba a un sistema particular más perjudicial para sus intereses.

Al rechazar la violación al principio de igualdad, la Corte repitió un fundamento que ya había manejado en casos anteriores. Un nuevo análisis del fundamento de la Corte me lleva a formular algunos comentarios al respecto.

2.

PRECISIÓN

Pese a ser obvio corresponde insistir en que no es el propósito de este trabajo analizar la sentencia referida y si las disposiciones legales cuestionadas son o no inconstitucionales. Por el contrario sólo se procurará reflexionar acerca de la argumentación, repetida, en materia de igualdad ante la ley.

3.

LA POSICIÓN DE LA CORTE

Dijo la Corte en el considerando IV de la sentencia mencionada:

Con respecto a la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas (Art. 8 Constitución), se impone la solución desestimatoria del mismo.

Resultando enteramente trasladables al subexamine los conceptos vertidos en la Sentencia N° 79/2009, citando el pronunciamiento N° 122/2007, cuando se indicó que: "... esta Corporación ha señalado que el mismo no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente. A condición de que, tal como lo ha sustentado la justicia norteamericana y lo ha expresado el ilustrado constitucionalista nacional Justino Jiménez de Aréchaga, todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma y de que la determinación efectuada por la misma sea razonable, no injusta, caprichosa o arbitraria, sino fundada en una real distinción (cf. Jiménez de Aréchaga, *La Constitución Nacional*, Ed. Cámara de Senadores, T. I, pág. 367; cf. Sentencias de la Corporación N°s 323/94, 720/96 y 28/2006).

Trasladando tales conceptos al subexamine, cabe afirmar que la norma impugnada no establece un tratamiento desigual entre todos los que se encuentran en las mismas condiciones; esto es a los comprendidos en el régimen de la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias identificadas en el art. 3° de la Ley N° 18.396, por lo que la prestación complementaria cuestionada, se aplica a todos los integrantes de la misma categoría, no creando diferencias entre ellos.

No cabe cuestionar los criterios que llevaron al legislador a agrupar las diferentes entidades que aportan a la Caja Bancaria, tal extremo es ajeno al control de regularidad constitucional, no advirtiéndose —por otra parte— que tal regulación resulte irracional o absurda, sino que por el contrario, se aprecia similitud entre la actividad desplegada por las promotoras y las demás instituciones comprendidas en la nómina.

4.

INTERROGANTES QUE MOTIVA EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE

Una nueva lectura de esta argumentación jurisprudencial me lleva a formular algunas cuestiones trascendentes:

1. ¿A qué jurisprudencia norteamericana se refiere la Corte? ¿Se trata de jurisprudencia invocada por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA?

2. ¿El principio general es que el legislador puede establecer grupos particulares a condición de que dentro de ellos el tratamiento sea igualitario? ¿Basta con que la desigualdad se funde en una “real distinción”?
3. Si el análisis de “los criterios que llevaron al legislador a agrupar las diferentes entidades que aportan a la Caja [...] [es] un extremo ajeno al control de regularidad de las leyes”, ¿qué facultades tiene la Corte para revisar estos criterios? O, si se prefiere, ¿hasta dónde puede llegar el análisis de la Corte?

5.

¿A QUÉ JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA SE REFIERE LA CORTE?

Como suele ocurrir, cuando se vuelve a analizar ciertos temas o argumentos pueden apreciarse elementos que antes habían permanecido ocultos. Y así me ocurrió en este caso.

La Corte hace referencia a jurisprudencia norteamericana y a Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, citando expresamente la página 367 de la edición de la Cámara de Senadores (1992) de su obra *La Constitución nacional* (tomo I). Si se va a la página citada se aprecia que el gran constitucionalista uruguayo incluía un capítulo justamente titulado “Jurisprudencia norteamericana”. Si además se repara en el contenido de las referencias de ARÉCHAGA y lo dicho en la sentencia de la Corte en análisis, se aprecia que condicen plenamente. Esto es: la Corte cita en esta sentencia la opinión de ARÉCHAGA y la jurisprudencia estadounidense citada por este autor.

Pero lo que parecía algo normal y lógico —insisto en que no es la primera vez que la Corte utiliza estos conceptos y realiza las mismas citas— debe ser revisado ahora.

En efecto, la obra de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA parcialmente (hasta el presente) reeditada por la Cámara de Senadores a partir del año 1992, encuentra sus originales en las clases dictadas por el prestigioso jurista en el siglo pasado, más precisamente en la década del cuarenta, cuyas versiones taquigráficas fueron tomadas por el Sr. Ruben Piras Ginella y luego publicadas por la Organización Medina. En las ediciones originales, insólitamente, no figura el año de edición, pero es claro que las clases fueron dictadas en los años cuarenta (hace más de sesenta años) y, por ende, las referencias a la jurisprudencia norteamericana corresponden a jurisprudencia anterior a la década del cuarenta.

Eso ya pone de manifiesto un problema. En materia de derechos humanos, y en especial en un tema como la igualdad (y fundamentalmente en Estados Unidos), es claro que muy poco aportan sentencias de hace sesenta, setenta, ochenta o noventa años. Pero además, y como se verá a continuación, las citas jurisprudenciales responden no solo a sentencias anticuadas, sino a pronunciamientos totalmente superados en Estados Unidos y en el mundo, y que fácilmente pueden ser considerados como absolutamente inaceptables en nuestros días.

Con este anuncio vemos que el argumento de nuestra Corte comienza a tornarse endeble.

6.

LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

La Constitución de Estados Unidos, de 1787, siguiendo seguramente la prevención de HAMILTON, no incluyó ninguna declaración de derechos. Pero rápidamente se advirtió el error que tal enfoque contenía y en 1791 se aprobaron las primeras enmiendas a la Constitución que incorporaron los primeros derechos fundamentales, aunque siempre con la enmienda IX, que, siguiendo la línea de HAMILTON, establecía que la enumeración de derechos no era taxativa sino que había otros.

No deja de llamar la atención que en las enmiendas de 1791 la igualdad no fuera incluida y haya quedado fuera del derecho constitucional estadounidense. Fue recién luego de la guerra civil, y buscando evitar que futuras mayorías en el Congreso dieran un paso atrás en la prohibición de la esclavitud, que se incorporó la enmienda XIII (en 1865)¹ y luego la XIV (1868).²

¹ *Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction* (1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto).

² *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 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* (1. 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).

Esta demora en advertir la importancia de la cuestión se manifestaba aún en la primera mitad del siglo XX, cuando el juez HOLMES señaló en 1927 que la referencia a la cláusula de igualdad era el último recurso de las argumentaciones constitucionales.³

Incluso antes de las enmiendas XIII y XIV, cuando la Corte fue llamada a pronunciarse en estos casos, tuvo claros problemas. En especial en el más que polémico caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857. En esa ocasión algunos jueces tenían la esperanza de resolver el conflicto sobre la esclavitud y evitar la guerra civil. Pero lo que dijeron es que: a) pese a que la Declaración de Independencia establece que “todos los hombres son creados iguales”, los afroamericanos, descendientes de esclavos, no son ciudadanos, y b) el Congreso no tiene potestades para prohibir la esclavitud en todo el territorio.⁴

La sentencia fue calificada luego como el *antiprecedente*, o, si se prefiere, como el más poderoso ejemplo de lo que una Corte constitucional no debe hacer. Esta crítica (o advertencia que señala la proximidad de un error o peligro) se enuncia brevemente como *Dred Again*, como síntesis de lo que no debe hacerse.⁵

Asimismo, este pronunciamiento, junto con el de *Lochner v. New York* y *Plessy v. Ferguson* (sobre el que volveré inmediatamente), aparecen como los más denostados casos en la historia de la Suprema Corte de Estados Unidos.⁶

Y este caso *Plessy*, también denostado, es uno de los comprendidos, seguramente en forma involuntaria, en la cita de la Corte uruguaya.

En el siglo XIX era frecuente la segregación racial en los medios de transporte públicos en los Estados Unidos, lo que implicaba la subordinación de una raza respecto a la otra. A veces se dejaban de lado las diferencias raciales cuando la persona tenía mucho dinero, lo que hacía aún más inaceptable la situación. La discriminación aparecía así contra una raza y contra la pobreza.

En Nueva Orleans, a finales del siglo XIX, las compañías de transporte público mantenían el sistema de diferenciación con vagones para una y otra raza. En 1890 se presentó un proyecto de ley en la legislatura de Louisiana con el declarado objetivo de “promover el confort de los pasajeros”, a cuyos efectos preveía “iguales pero separados lugares para los blancos y las razas de color”. La prensa de la época decía que ello respondía a una demanda

³ Kathleen M. SULLIVAN y Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, 15.ª ed., Nueva York: Foundation Press, Thomson West, 2004, p. 641.

⁴ Christopher L. EISGRUBER, “The Story of Dred Scott: Originalism’s Forgotten Past”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004 pp. 151 ss.

⁵ *Ibidem*, p. 152.

⁶ David E. BERNSTEIN, “The Story of *Lochner v. New York*: Impediment to the Growth of the Regulatory State”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004, pp. 326-327.

de toda la población de Nueva Orleans. En esos momentos apareció el Sr. Homer Plessy (surge de la información relativa al caso que esta persona era siete octavos caucásico y un octavo negro, lo que complicaba determinar cuál era su raza y en qué vagón debía viajar), quien negándose a abandonar un vagón para blancos forzó una serie de acciones policiales y judiciales, sanciones (multas), hasta llegar al pronunciamiento final.⁷

El caso ingresó en distinciones que hoy resultan inaceptables, al discutir si Plessy era blanco o negro y si había sido bien categorizado por el conductor cuando le indicó que debía viajar en el vagón reservado para los de raza negra. Se puede ver el problema y las diferencias entre este caso y los enfoques modernos. En 1896 la cuestión no era tanto diferenciar blancos y negros sino determinar si el individuo era realmente negro y le correspondía el vagón reservado a esta raza.

Es importante ver que cuando los abogados de Plessy invocaron la enmienda XIV en lo que refiere a que los ciudadanos están igualados en derechos y en lo que refiere al goce de todos los privilegios públicos (excluyéndose toda legalización de las castas), la Corte rechazó esta línea de razonamiento diciendo que esa interpretación era incongruente con el objetivo de la Enmienda, la cual “indudablemente busca asegurar la absoluta igualdad de las dos razas ante la ley, pero, según la naturaleza de las cosas, no podría haber tenido la intención de abolir las diferencias basadas en el color, o buscar igualdad social [...]”.⁸ Advértase lo anticuado e inaceptable del razonamiento que admite la discriminación dentro de ciertos parámetros.

Y por último, afirmó la Corte:

Consideramos que la falacia que subyace en el argumento del peticionante consiste en la presunción de que la separación forzosa de las dos razas implica estigmatizar a la raza de color con un distintivo que implica inferioridad. Si eso fuera así, no deriva de una razón que pueda encontrarse en el acto en sí mismo, sino únicamente porque la raza de color elige colocarse bajo esa posición. El argumento necesariamente asume que, como ha sido más de una vez el caso, si la raza de color se volviera un poder dominante en la legislatura estadual, y actuara en términos precisamente similares, relegaría entonces a la raza blanca a una posición inferior. Imaginamos que la raza blanca al menos, no estaría de acuerdo con esta presunción. El argumento también asume que los prejuicios sociales pueden ser superados por la legislación [...] [pero] la legislación carece del poder de erradicar los instintos raciales, o de abolir las distinciones basadas en diferencias físicas [...].

⁷ Cheryl I. HARRIS, “The Story of Plessy v. Ferguson: The Death and Resurrection of Racial Formalism”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004, pp. 181 ss.

⁸ *Ibíd.*, p. 212.

Entiende la Corte que la distinción de vagones no implica una inferioridad de la raza negra, sometida a ciertos prejuicios dominantes, sino que es una distinción razonable basada en hechos objetivos (color de piel) y que no degrada a los afroamericanos.⁹

La concepción de *iguales pero separados*, que pretende que no hay discriminación cuando hay un elemento objetivo (por ejemplo, el color) de distinción y cuando todos los miembros de una categoría son tratados en forma igualitaria, resulta en nuestros días absolutamente inaceptable. Si todos los seres humanos son iguales no puede cambiarse el principio para postularse que todos son iguales pero solo dentro de su grupo. Asimismo la afirmación de que existen diferencias entre las razas que no pueden desconocerse por ley es insostenible en nuestros tiempos.¹⁰

El formalismo de *Plessy* para encarar las cuestiones raciales sobrevivió por cinco décadas, y requirió de duras batallas legales y protestas sociales hasta ser abandonado. Hoy se acepta que la discriminación solo puede ser aceptada en excepcionálísimos casos¹¹ basados en intereses extraordinariamente importantes.¹²

7.

EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS

El gran cambio de jurisprudencia, obviamente no mencionado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en *La Constitución nacional* y por ende no comprendido en la cita de la sentencia, se produjo a partir de los años cincuenta.

SULLIVAN y GUNTHER¹³ señalan que, desde su modesto rol tradicional, la igualdad de trato bajo la ley floreció en la era WARREN, especialmente en los años sesenta del siglo XX. La Corte WARREN no abandonó los ingredientes respetuosos de la vieja igualdad en la protección de la ley (en la mayor parte de la legislación económica y social, las exigencias impuestas por la igualdad de protección permanecieron mínimas),¹⁴ pero generó una revolución de la igual *protección de la ley* al encontrar cantidad de nuevas áreas para el escrutinio riguroso y no

⁹ Ibídem, p. 213.

¹⁰ Al respecto, SULLIVAN y GUNTHER, o. cit. (nota 3), p. 671.

¹¹ Esto lleva por ejemplo al análisis de las llamadas *acciones afirmativas*, tema que excede a este comentario. Al respecto me remito a Martín RISSO FERRAND, *Derecho constitucional*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2.ª ed. actualizada y ampliada, 2006, pp. 511-517.

¹² HARRIS, o. cit. (nota 7), p. 222.

¹³ Ibídem, p. 641.

¹⁴ En realidad, la postura de no intervención de la Corte Warren fue incluso más benévola que la de sus predecesores.

solo respetuoso. Aparece así un doble enfoque, con diferencias claras, que evoluciona desde finales de los sesenta:

- a) algunas situaciones evocaban la *nueva* y agresiva igualdad de protección bajo la ley, con un escrutinio que era *riguroso* en teoría y fatal en los hechos, y
- b) en otros contextos, la respetuosa *vieja* igualdad de protección bajo la ley reinaba, con un escrutinio mínimo en la teoría y virtualmente nulo en los hechos.

La ley que calificaba para un escrutinio estricto requería un encastre (*fit between*) mucho mayor entre la clasificación y el propósito de la ley que la tosca y pronta flexibilidad tradicionalmente tolerada por la vieja igualdad de protección: debía demostrarse que los medios que empleaba la ley eran *necesarios* para alcanzar su fin, y no meramente *adecuados*. Más aún, la igualdad de protección se convirtió incluso en una suerte de escrutinio de finalidades: la legislación en las áreas de la nueva igualdad de protección debía estar justificada por *apremiantes* intereses estatales, y no solo por el más amplio espectro de legítimas finalidades estatales.

Desde el enfoque de la Corte WARREN, de la doble distinción entre escrutinio estricto y examen respetuoso en referencia a la igualdad de protección, que aún persiste, han aparecido algunas innovaciones. La Corte BURGER expresó algunas dudas sobre ciertas formas de escrutinio estricto.

Volviendo a WARREN, parecería que uno de los grandes hitos en la evolución de la jurisprudencia estadounidense aparece en 1954 con el pronunciamiento en *Brown v. Board of Education of Topeka*.¹⁵ El caso refería a situaciones de no admisión de niños de raza negra en ciertas escuelas. Al igual que en la concepción de *iguales pero separados*, no se le negaba a nadie el acceso a la educación, sino que se aseguraban escuelas para blancos y para negros con condiciones similares.

Yendo directamente a la cuestión central (omito varios análisis previos de la sentencia), la Corte se preguntó: ¿La segregación de los niños en las escuelas públicas basada solamente en la raza, a pesar de que las facilidades físicas y otros factores *tangibles* sean iguales, priva a los niños del grupo minoritario de igualdad de oportunidades educativas? Y respondió luego:¹⁶

¹⁵ La Corte se pronunció en dos ocasiones en este caso: en 1954 y 1955.

¹⁶ SULLIVAN y GUNTHER, o. cit. (nota 3), p. 676. Geoffrey R. STONE, Louis Michael SEIDMAN, Cass R., SUNSTEIN, Mark V., TUSHNET, Pamela S., KARLAN, *Constitutional law*, Nueva York: Aspen, 2005, pp. 473-488.

Concluimos que en materia de educación pública la doctrina de “separados pero iguales” no tiene lugar. Las condiciones educacionales separadas son inherentemente desiguales. Por eso, sostenemos que los peticionantes y otros situados de manera similar ante quienes las acciones fueron realizadas son, por causa de la segregación contra la cual se acciona, privados de su derecho a la igualdad de protección ante la ley. Esta disposición torna innecesaria cualquier discusión sobre si esa segregación también viola el debido proceso. Porque estas son acciones de clase, por la vasta aplicabilidad de esta decisión, y por la gran variedad de condiciones locales, la formulación de resoluciones en estos casos presenta problemas de considerable complejidad. Como nuevo argumento, la consideración del remedio apropiado estuvo necesariamente subordinada a la cuestión primaria —la constitucionalidad de la segregación en la educación pública—. Hemos anunciado ahora que dicha segregación constituye una negación del derecho a la igualdad de protección. De manera de poder tener la total colaboración de las partes en la formulación de las resoluciones, los casos serán devueltos a la lista de litigios para el período de sesiones, y las partes deberán formular otros argumentos sobre las preguntas 4 y 5 cuando previamente la Corte les proponga reargumentar. Así se ordena.

8.

CONTINUACIÓN

En definitiva, seguramente sin advertirlo, al citar un trabajo de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA de hace más de sesenta años, la Suprema Corte está utilizando argumentos y conceptos no solo superados en Estados Unidos sino que hoy serían a todas luces inaceptables.

El concepto de *iguales pero separados*, que desplazaba el problema de la igualdad a tratar igualmente a los miembros de cada grupo, permitiría toda suerte de diferenciación que pueda basarse en elementos objetivos de distinción. El tema no es si las escuelas o los vagones para una y otra raza son similares, sino que la distinción es inaceptable. Véase incluso que con ese esquema sería válida la distinción entre blancos y negros, homosexuales y heterosexuales, miembros de un partido político y de otro, quienes profesan una religión y los ateos, hombres y mujeres, etcétera. Todo se arreglaría si se trata igual a los miembros del grupo y si no existe una suerte de subordinación entre ellos.

Por supuesto que no debe ser el enfoque anterior el de los actuales miembros de la Corte uruguaya, pero sí se aprecia que, en razón de las citas realizadas, los fundamentos que utiliza aparecen como conceptos perimidos y no aceptables.

Cabe insistir, por último, en que los problemas centrales de la igualdad ante la ley en nuestros tiempos no son: a) si se trata en forma igualitaria a todos los miembros del grupo

(esto aparece solo luego de que en casos especiales se justifique la pertinencia constitucional de la distinción), ni b) que la protección dada a los distintos grupos no se presente o implique un prejuicio para el grupo o subordinación de un grupo sobre otro. El gran tema es si puede justificarse, conforme los parámetros constitucionales, la pertinencia de la distinción.

¿EL PRINCIPIO GENERAL ES QUE EL LEGISLADOR PUEDE ESTABLECER GRUPOS PARTICULARES A CONDICIÓN DE QUE DENTRO DE ELLOS EL TRATAMIENTO SEA IGUALITARIO? ¿BASTA CON QUE LA DESIGUALDAD SE FUNDE EN UNA “REAL DIFERENCIA”?

En nuestro derecho no se duda de que la igualdad aparece como un principio general de nuestro derecho constitucional y como un derecho de los individuos. Claro que la igualdad presenta una diferencia esencial con todos los demás derechos humanos, que consiste en ser un derecho sin contenido propio, sino que asegura que, en el goce y la protección de cada derecho humano, todos tienen derecho a un estatuto similar sin que sean válidas las diferenciaciones.¹⁷ Es lo que FERNÁNDEZ SEGADO, entre otros, denomina *derecho relacional*.¹⁸

La igualdad presenta diversas facetas y problemáticas y puede analizarse con distintas perspectivas; por ejemplo,¹⁹ la igualdad ante la ley y ante las normas generales, la igualdad en la aplicación o ejecución de la ley, la discriminación (distinta a la desigualdad de trato), la problemática de las acciones afirmativas, la influencia de la igualdad en el valor de los precedentes jurisprudenciales y administrativos, la igualdad en las relaciones privadas, etcétera.

Pero centrando el tema en lo que interesa a este trabajo, la igualdad ante la ley, debe tenerse presente que la formulación histórica decimonónica de la igualdad tuvo consecuencias en la propia caracterización de la ley, ya que esta habría de configurarse como universal (con validez frente a todos los ciudadanos), general (como exclusión de las leyes singulares) y de duración indefinida (vocación de permanencia).

Este tipo de igualdad tiene consagración expresa en nuestra Constitución, cuando en el artículo 8.º prevé que “todas las personas son iguales ante la Ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”. No se puede, en principio, hacer diferencias que no respondan a las virtudes y los talentos de los sujetos. Esta enunciación general se completa con el artículo 9.º, que prohíbe la fundación de mayorazgos y establece

¹⁷ Me remito a lo dicho en RISSO FERRAND, o. cit. (nota 11), tomo I, p. 502.

¹⁸ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992, p. 194.

¹⁹ Con más detalle me remito a lo dicho en RISSO FERRAND, o. cit. (nota 11), tomo I, pp. 501-525.

que ninguna autoridad de la República podrá conceder título alguno de nobleza ni honores o distinciones hereditarias.

La igualdad ante la ley se materializa, entonces, básicamente en dos aspectos: a) en la prohibición de fueros y leyes especiales (excepto, claro está, las excepciones constitucionales), y b) en una igual protección por las leyes. Este es el principio general: todos los individuos deben recibir el mismo tratamiento y protección en el goce de los derechos. El principio general es la igualdad y toda diferenciación será de excepción y por ende de interpretación estricta, y requerirá una justificación apropiada, como en toda limitación de un derecho humano.

Sin perjuicio de lo anterior, es bien sabido que el principio de igualdad ante la ley no impide, a veces, una legislación para grupos o categorías de personas especiales, sino que esta diferenciación puede ser admitida, por excepción, siempre que se cumpla con algunos requisitos específicos. Esto es básico. Si la ley no cumple con esos requisitos será inconstitucional por violar el principio en análisis. No puede la Corte constitucional ser tolerante con el legislador a la hora de analizar las distinciones que se hayan creado; por el contrario, deberá ser exigente porque se trata de aceptar una excepción a un principio constitucional. Se debe defender primero la Constitución y luego la ley.

Basta con lo dicho para apreciar que toda referencia a la noción de *iguales pero separados* es inadmisibles. Asimismo, lo que importa a los efectos de la igualdad no es que los miembros del grupo diferenciado reciban similar tratamiento, sino que lo relevante es que la ley pueda superar el *test* que valide la diferenciación.

La cuestión, su punto de partida, su enfoque y su objetivo han cambiado dramática y sabiamente en las últimas décadas.

¿Cuáles son los criterios, pautas de análisis o parámetros para aceptar que una ley que legisla para un *grupo* de individuos es ajustada al principio de igualdad? Al respecto señalé anteriormente:²⁰

[...] la dificultad radica en determinar cuáles son estos requisitos que habilitan el trato diferenciado para algunas categorías, e incluso una vez determinados cuáles son estos requisitos, también es complejo su análisis en cada caso concreto.

Una primera aproximación a la cuestión pone de manifiesto el famoso criterio de la razonabilidad de la distinción, desarrollado originalmente por la jurisprudencia norteamericana y luego expandido en todo el derecho comparado. Pero este juicio de razonabilidad se encuentra

²⁰ Ibídem, pp. 504-509.

complementado o precisado por otros conceptos tales como el de la finalidad legítima de la distinción y el juicio de racionalidad.

[...] Indudablemente el problema terminológico no tiene otra consecuencia que facilitar o dificultar el análisis de la cuestión, pero desde el punto de vista jurídico, las consecuencias serán las mismas en la medida en que, en términos reales, se analicen los tres aspectos.

A los efectos de intentar dar la máxima claridad al análisis de estos criterios, se utilizará a continuación la terminología que en general (aunque no siempre) es utilizada por la jurisprudencia española contemporánea y por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

A) El juicio de razonabilidad

En primer término corresponde mencionar el juicio de razonabilidad, pero entendiendo el mismo como referido a la causa de la distinción, o con mayor precisión a la razonabilidad de la causa de distinción.

En lo que refiere a las causas de distinción podemos plantear el problema al menos en tres niveles diversos:

a) En primer lugar, y como ha desarrollado con precisión KORZENIAK, de la lectura de nuestra Constitución surgen diversas hipótesis en que la propia Carta impone, con variable alcance, la pertinencia de las distinciones.²¹ Por ejemplo en lo que refiere a los menores de edad, los artículos 40 y siguientes de la Constitución dan la pauta clara de que la distinción entre mayores y menores de edad no sólo es razonable sino que en la mayoría de los casos, según las hipótesis que se analicen, la distinción resulta imperativa.

En estos casos la causa razonable de la distinción se encontrará en el propio texto constitucional, por lo que el análisis de la razonabilidad de la misma no presentará dificultades de tipo alguno.

b) En un segundo nivel encontramos casos en que si bien la Constitución, en cierta forma, admite la posibilidad de la distinción, la misma por lo general no surge como preceptiva sino que se da una amplia discrecionalidad al legislador para su utilización o no. Esto lo encontramos por ejemplo en el artículo 85 numeral 3.º cuando habla de la competencia de la Asamblea General de expedir leyes para el fomento de la ilustración, agricultura, industria, etc. Con base en esta norma, en forma implícita, se autoriza al legislador a dictar normas particulares por ejemplo para los sujetos comprendidos en la categoría de industriales, pero bien podrá la ley no efectuar distinciones de tipo alguno.

c) Por último, encontramos hipótesis en que no surge de la Constitución, ni en forma explícita ni implícita, la causa de ciertas distinciones. Uno de los casos más interesantes de los últimos años, por la pluralidad de categorías que se establecían, lo encontramos en las leyes de refinanciación del endeudamiento interno, donde se distinguía entre deudores del sistema financiero y de otros acreedores, y a su vez, dentro de los primeros se distinguía según la actividad que desarrollaban (agropecuaria, industrial, comercial,

²¹ José KORZENIAK, *Derecho constitucional 2.º*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1985, pp. 82 ss.

prestadores de servicios y quienes no entraban en ninguna de dichas clases), y todavía se efectuaban categorizaciones múltiples entre los deudores amparados por la ley.²²

La mayoría de las categorizaciones carecían de base constitucional, por lo que en estos casos era necesario analizar la razonabilidad de la causa de distinción, pero no buscando la misma en la Constitución, sino constatando que no resulten arbitrarias o caprichosas, y que no resulten contrarias a lo dispuesto en la Carta.²³

B) Finalidad legítima

El segundo elemento esencial para el análisis de la constitucionalidad de la diferenciación consiste en que exista una finalidad, y que ésta sea legítima. Si el factor diferencial no responde a ningún fin, si es puramente gratuito, deberá tacharse de arbitrario. De la misma forma, cuando existe, la finalidad debe ser legítima.

Nuevamente nos encontramos con que a veces la finalidad de algunas distinciones o categorizaciones está expresamente establecida en la Constitución. En el caso ya citado de los menores de edad sólo será constitucionalmente legítima la finalidad de proteger a los mismos. En otros casos en cambio, el legislador gozará, eventualmente, de una mayor discrecionalidad para seleccionar el fin perseguido.

Al igual que ocurre al estudiar los elementos esenciales o constitutivos del acto administrativo, la distinción entre la causa de la diferenciación y la finalidad de la diferenciación resulta útil, ya que bien podemos encontrar casos en que la causa o motivo de la distinción sea razonable pero la finalidad sea ilegítima, o bien a la inversa. Por ejemplo, una ley que distinga entre mayores y menores de edad tendrá una causa de diferenciación constitucionalmente válida, pero si la finalidad no es la de proteger a los menores el fin será ilegítimo. También podemos imaginar casos inversos, en que la causa sea inconstitucional, aunque la finalidad sea legítima.

C) El juicio de racionalidad

Pasando al tercer elemento para el análisis de la constitucionalidad de la diferenciación, debe señalarse que se requiere además que pueda efectuarse un juicio de racionalidad, que se aprecia en la relación medio-fin.

La razonabilidad atiende a la causa justificante de la distinción, a esto se suma la constatación de la legitimidad de la finalidad de la diferenciación, y por último aparece la racionalidad que atiende a algo estructuralmente interno, que es la relación positiva entre medios y fines.

El Tribunal Constitucional español, en sentencia 114/987 decía que un juicio de racionalidad satisfactorio aparece en la ley que condiciona el derecho a jubilación o retiro a requisitos objetivos como haber prestado servicio por cierto tiempo, haber cotizado durante un determinado período, etc. La distinción entre quienes cotizaron por cierto lapso y quienes no lo hicieron es racional respecto al fin perseguido: la jubilación. Pero si la ley condiciona y limita el derecho a la pasividad al hecho de haber tenido buena conducta por ejemplo, desaparece la racional relación de medios y

²² Véase la sentencia en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 48, pp. 444 ss.

²³ Sentencia n.º 42 de 30 de setiembre de 1993, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n.º 60, pp. 676 ss. También en *La Justicia Uruguaya*, caso 12.777, MARABOTTO LUGARO (redactor), TÖRELLO, ALONSO DE MARCO, MARIÑO CHIARLONE, CAIROLI MARTÍNEZ.

fin, ya que la diferenciación entre quienes cumplen con dicho requisito y quienes no lo cumplen no guarda una relación de racionalidad con el fin perseguido o sea con el derecho a la jubilación.²⁴

La Suprema Corte de Justicia ha hecho referencia en algunas ocasiones al problema de la racionalidad, aunque en algunos casos no resulta sencillo determinar si está usando esta expresión como sinónimo de razonabilidad o con un sentido diverso.²⁵

Sintetizando lo expresado podría decirse que:

1. En primer lugar, para aceptar las diferenciaciones legales corresponde exigir que la causa de la distinción sea razonable y objetiva, sin implicar un tratamiento desigual a quienes se encuentran en igualdad de situaciones.

2. En segundo lugar debe atenderse especialmente al fin perseguido con la diferenciación, verificando que el mismo sea legítimo.

3. Y por último, deberá atenderse a la racionalidad de la distinción, que se manifiesta en una adecuada relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados.

El no cumplimiento de cualesquiera de estos requisitos (razonabilidad, fin legítimo y racionalidad) aparejará la violación del principio constitucional de igualdad.

En lo que refiere a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia pueden señalarse diversos pronunciamientos: sentencia n.º 80 de 3 de diciembre de 1993,²⁶ la sentencia n.º 113 de 19 de agosto de 1991,²⁷ la sentencia n.º 152 de 27 de noviembre de 1991,²⁸ la sentencia n.º 163 de 16 de diciembre de 1991,²⁹ la sentencia n.º 173 de 16 de diciembre de 1991,³⁰ la sentencia n.º 55 de 14 de junio de 1991,³¹ la sentencia n.º 56 de 14 de junio de 1991,³² la sentencia n.º 61 de 17 de

²⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, o. cit. (nota 18), p. 200.

²⁵ Sentencia n.º 163, de 16 de diciembre de 1991, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 48, pp. 444 ss., TOMMASINO, GARCÍA OTERO, MARABOTTO LUGARO (redactor), ADDIEGO BRUNO, TORELLO.

²⁶ En *Revista Tributaria*, tomo XXI, n.º 121, pp. 355 ss. ALONSO DE MARCO (redactor), CAIROLI, MARIÑO CHIARLONE, MARABOTTO LUGARO (discorde) y TORELLO (discorde). Se pedía, en juicio ejecutivo y por la vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 480 a 486 de la ley 16.170 de 28 de diciembre de 1990 (impuesto a las ejecuciones judiciales).

²⁷ *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 44, pp. 105 ss. ADDIEGO BRUNO (redactor), TOMMASINO, GARCÍA OTERO, MARABOTTO LUGARO y TORELLO (discorde). Vía de acción. Piden declaración de inconstitucionalidad del artículo 276 de la ley 15.809.

²⁸ *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 44, pp. 129 ss. GARCÍA OTERO (redactor), TOMMASINO, ADDIEGO BRUNO, MARABOTTO LUGARO y TORELLO. Acción de inconstitucionalidad. Se pide declaración de inconstitucionalidad del artículo 134 literal E de la ley 16.170, de 28 de diciembre de 1990.

²⁹ *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 48, pp. 444 ss. TOMMASINO, GARCÍA OTERO, MARABOTTO LUGARO (redactor), ADDIEGO BRUNO y TORELLO. Por la vía de acción piden la declaración de inconstitucionalidad del inciso 7 del artículo 45 del decreto del Gobierno Departamental de Montevideo n.º 24.754, promulgado el 10 de diciembre de 1990.

³⁰ *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, n.º 48, pp. 451 ss. TOMMASINO, GARCÍA OTERO, ADDIEGO BRUNO (redactor), MARABOTTO LUGARO (discorde) y TORELLO (discorde). Vía de excepción. Se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 36, inciso 3, y 41 del decreto-ley 14.219, que prevén la inapelabilidad de la providencia que acoge la demanda de desalojo.

³¹ En *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo IX, n.º 50, pp. 15 ss. TOMMASINO, ADDIEGO BRUNO, MARABOTTO LUGARO (redactor), CAFASSO, PIREZ SÁNCHEZ DE RAMOS. Vía de excepción. Piden declaración de inconstitucionalidad de los artículos 344.2 y 344.4 del CGP.

³² *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo IX, n.º 50, pp. 159 ss. TOMMASINO, ADDIEGO BRUNO, MARABOTTO LUGARO, CAFASSO (redactor), PIREZ SÁNCHEZ DE RAMOS. Solicitan la declaración de inconstitucionalidad del decreto-ley n.º 14.490, que establece la caducidad de los créditos laborales.

noviembre de 1993,³³ la sentencia 80 de 3 de diciembre de 1993,³⁴ la sentencia 85 de 6 de diciembre de 1993,³⁵ la sentencia de 2 de octubre de 1987,³⁶ la sentencia de 16 de diciembre de 1991,³⁷ la sentencia de 23 de noviembre de 1992,³⁸ la sentencia de 3 de junio de 1994,³⁹ la sentencia de 21 de febrero de 1994,⁴⁰ etc.

En definitiva, y contestando las preguntas de este capítulo, parece claro que:

1. El principio de igualdad impide la creación de grupos particulares de individuos salvo cuando se pueda sortear el triple *test* constitucional mencionado. Si no se puede superar uno solo de los pasos, habrá que concluir en la inconstitucionalidad de la distinción.
2. Es insuficiente que haya elementos objetivos de diferenciación. Esto podría conducir a diferenciar entre hombres y mujeres, blancos y negros, etcétera.
3. Es irrelevante a los efectos de justificar la distinción que a todos los miembros del grupo diferenciado se los trate con criterios igualitarios. Esto es algo distinto a la pertinencia constitucional de la distinción.

³³ *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, n.º 58, pp. 456 ss. MARABOTTO LUGARO (redactor), TORELLO, ALONSO DE MARCO, MARIÑO CHIARLONE y CAIROLI MARTÍNEZ. Por la vía de excepción, se solicita la declaración de inconstitucionalidad del literal *c* del artículo 6 del decreto ley 15.597, en la redacción dada por el artículo 21 de la ley 16.095.

³⁴ *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, n.º 61, pp. 23 ss. ALONSO DE MARCO (redactor), MARIÑO CHIARLONE, CAIROLI MARTÍNEZ, MARABOTTO LUGARO y TORELLO (los dos últimos, discordes). Por vía de excepción se pretende la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 480 a 486 de la ley 16.170, de 28 de diciembre de 1990.

³⁵ *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, n.º 61, pp. 35 ss. MARABOTTO LUGARO, TORELLO, ALONSO DE MARCO (redactor), MARIÑO CHIARLONE y CAIROLI MARTÍNEZ. Por vía de excepción se pide la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2342, 2344 y 2346 del Código Civil, y artículo 377 del CGP, que refiere a los trámites de renuncia a los trámites, términos y beneficios del juicio ejecutivo.

³⁶ *La Justicia Uruguaya*, caso 11.000. GARCÍA OTERO (redactor), BALBELA DE DELGUE, TOMMASINO, ADDIEGO BRUNO, NICOLIELLO. Se declara la inconstitucionalidad del artículo 2.º del decreto-ley 15.343, que establecía una contribución especial a cargo de las personas públicas no estatales de seguridad social, por existir una delegación al Poder Ejecutivo, pero descarta que se viole el principio de igualdad.

³⁷ *La Justicia Uruguaya* 12.121. TOMMASINO, GARCÍA OTERO, ADDIEGO BRUNO (redactor), MARABOTTO LUGARO (discorde), TORELLO (discorde). Excepción, piden inconstitucionalidad del artículo 36, incisos 3.º y 4.º, del decreto ley 14.219.

³⁸ *La Justicia Uruguaya*, caso 12.265. ADDIEGO BRUNO, GARCÍA OTERO (redactor), Gutiérrez, MARABOTTO LUGARO (discorde) y TORELLO (discorde). Por la vía de excepción se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 480 a 487 de la ley 16.170 (tributo a las ejecuciones).

³⁹ *La Justicia Uruguaya*, caso 12.874. TORELLO, MARABOTTO LUGARO, ALONSO DE MARCO, MARIÑO CHIARLONE (redactor), CAIROLI MARTÍNEZ. Vía de excepción. Se pide la declaración de inconstitucionalidad del artículo 396 del CGP por entender que esta norma limita las excepciones a oponer y niega al ejecutado la posibilidad de oponer defensa alguna. El principal era un juicio de entrega de la cosa.

⁴⁰ *La Justicia Uruguaya* caso 12.873. TORELLO, MARABOTTO LUGARO (redactor), ALONSO DE MARCO, MARIÑO CHIARLONE, CAIROLI MARTÍNEZ. Vía de excepción. Se pide la declaración de inconstitucionalidad del artículo 72 del acto institucional n.º 9, que al fijar montos máximos a las pasividades crea desigualdades.

4. Sin perjuicio de lo anterior, cuando previo *test* se concluya en la constitucionalidad de la distinción, recién a partir de ese momento, el principio de igualdad empezará a jugar dentro de la categoría diferenciada exigiendo que dentro del grupo todos reciban idéntico trato.

SI EL ANÁLISIS DE “LOS CRITERIOS QUE LLEVARON AL LEGISLADOR A AGRUPAR LAS DIFERENTES ENTIDADES QUE APORTAN A LA CAJA [...] [ES] UN EXTREMO AJENO AL CONTROL DE REGULARIDAD DE LAS LEYES”, ¿QUÉ FACULTADES TIENE LA CORTE PARA REVISAR ESTOS CRITERIOS?

Queda claro a mi juicio que la invocación a la perimida concepción de *iguales pero separados*, que considera que el principio de igualdad no se viola cuando a los miembros de cada grupo se les da tratamiento igualitario, es incorrecta en nuestros tiempos.

El problema central es si el legislador puede diferenciar entre los individuos creando grupos. O, si se prefiere, la determinación de cuándo una ley que refiere solo a cierta categoría es ajustada al principio de igualdad. Ello implica verificar la razonabilidad de la causa de la distinción, la finalidad legítima y el *test* de racionalidad.

Pasemos entonces al análisis de hasta dónde puede llegar la Corte en estos casos, reparando en lo que dice la propia corporación en la sentencia en análisis:

No cabe cuestionar los criterios que llevaron al legislador a agrupar las diferentes entidades que aportan a la Caja Bancaria, tal extremo es ajeno al control de regularidad constitucional, no advirtiéndose —por otra parte— que tal regulación resulte irracional o absurda.

La transcripción presenta tres problemas: a) ¿No puede la Corte cuestionar (revisar o controlar) los criterios del legislador para formar los distintos grupos? b) ¿Sólo puede intervenir la Corte si la diferenciación es irracional o absurda? c) En general, ¿hasta dónde puede llegar la Corte?

Creo que las dos primeras interrogantes se contestan con razonable facilidad.

A la primera, no cabe duda de que la Corte sí puede controlar cuáles fueron los criterios. No podrá hacerlo con criterios políticos o de conveniencia, pero es incuestionable que sí puede controlar si la diferenciación tiene una causa (o fundamento) razonable, si tiene una finalidad legítima y si puede sortear el juicio de racionalidad. Creo que discutir esto en el siglo XXI, considerando el desarrollo actual de la justicia constitucional en el mundo

democrático occidental, es imposible. Solo puede dudarse de esto recurriendo a conceptos antiguos y absolutamente perimidos, que otorgaban plenos poderes a los poderes políticos. No puede compartirse la expresión de la Corte, propia de otros tiempos y concepciones.⁴¹

Respecto a la segunda interrogante debe señalarse, en primer término, que aparece como contradictoria con la propia posición de la Corte. En otras palabras, luego de afirmar que el análisis de los criterios del legislador es ajeno a la competencia de la Corte, parecería que esto no sería así; al menos en casos de irracionalidad o cuando la distinción es absurda sí se podrían analizar esos criterios.

Dejando la aparente contradicción de lado: ¿se podría declarar la inconstitucionalidad si la violación del principio fuera absurda o claramente irracional? Véase que no parece que la Corte utilice el adjetivo *irracional* en el sentido técnico, dentro de un esquema de proporcionalidad, sino en un sentido vulgar, en que se equipara lo irracional a lo inaceptable o absurdo (esta es la interpretación que surge del análisis del párrafo transcrito de la sentencia). Ello no debe llamar la atención, ya que muchas veces la Corte, en temas de constitucionalidad, parece adoptar una posición que conduce a que la inconstitucionalidad solo puede declararse en casos evidentes e incuestionables.

Pero en cuanto a la interrogante, parece claro que la Corte sí es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley que establece una distinción absurda o irracional (en el sentido de inaceptable), pero también lo es para declarar la inconstitucionalidad de una ley que, sin ser absurda o inaceptable, no pueda sortear el triple *test* mencionado. El juez debe declarar la nulidad de una disposición contractual cuando verifica la existencia de una nulidad y no solo cuando la nulidad es absurdamente evidente. Lo mismo pasa con la inconstitucionalidad de una ley, ya que de lo contrario no se defenderán los derechos humanos de los habitantes salvo en casos extremos.

En más de una ocasión me he referido a estos problemas que hacen al rol del juez constitucional, hasta dónde puede llegar el Poder Judicial, cómo debe interpretarse el principio de separación de poderes en forma adecuada, a la problemática *presunción de inconstitucionalidad*, etcétera.⁴²

Evitando repetir conceptos ya expresados, creo que existen algunos puntos en los que deberían lograrse acuerdos con cierta facilidad:

⁴¹ Con el criterio de la Corte uruguaya, las sentencias de la Corte estadounidense en el caso BROWN serían un error inadmisibles.

⁴² No voy a repetir lo dicho, sino que me remito a *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008. Y *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2010.

1. La igualdad, además de derecho fundamental de los individuos, es uno de los grandes principios del derecho constitucional uruguayo y del derecho internacional de los derechos humanos. Esto es, encarna uno de los valores principales de la comunidad nacional e internacional, discutido y profundizado por más de dos milenios y medio.⁴³
2. La trascendencia de este principio superior es tal, que su defensa y cumplimiento se transforma en uno de los grandes temas de nuestros tiempos.
3. El juez constitucional, en su ineludible función de defensa de la Constitución y de los derechos humanos, tiene un evidente e irrenunciable deber de determinar la compatibilidad de las distinciones legales con el principio constitucional de igualdad y de declarar la inconstitucionalidad de la ley cuando se produzcan violaciones al principio. Y esto no ocurre solo en casos absurdos y evidentes, sino cada vez que una ley no puede cumplir con el triple *test* para determinar la compatibilidad de la distinción con el principio de igualdad.
4. Negar lo anterior implicaría a mi juicio: a) un golpe brutal al Estado de derecho y al principio de separación de poderes (bien entendido, en un sentido dinámico y moderno); b) dejaría a uno de los principios generales de la Constitución (a uno de los más importantes) sin protección apropiada, y c) dejaría a los individuos vulnerados en su derecho a la igualdad sin la adecuada tutela judicial.
5. La utilización del mencionado triple *test* es algo que se hace regularmente en Europa y América, y nadie ha sostenido que el tribunal o la corte competente no pueda incursionar en la materia. Ninguna razón jurídica válida hay para sostener algo distinto.
6. A su vez, conforme las exigencias de motivación que debe presentar toda sentencia, parece claro que no basta con la afirmación de que la distinción es razonable y legítima. Cuando se está analizando la vulneración de algo tan sensible y trascendente como uno de los principales principios constitucionales, la sentencia debe expresar los fundamentos jurídicos por los cuales considera que la ley en estudio presenta una causa razonable de distinción, persigue una finalidad legítima y puede sortear el juicio de racionalidad. Si la ley falla en alguno de los tres puntos será inconstitucional, y si cumple con los tres se deberá expresar por qué. No basta con decir que se cumple con el principio de igualdad, sino que hay que expresar las razones por las que se cumple.

⁴³ Al menos podemos encontrar estudios serios a partir del siglo V a. C.

7. Insisto en que lo anterior no implica incursionar en política sino cumplir con el control jurisdiccional de la regularidad constitucional de las leyes, tal como dispone nuestra Constitución y como se acepta sin dificultades en Europa y América.

9.

CONCLUSIONES

Reitero que no atribuyo a ninguno de los actuales ministros de la Corte coincidir con una jurisprudencia anticuada y que presenta conceptos que hoy se recuerdan como ejemplos de lo que una Corte constitucional no debe hacer. Incluso, seguramente, la motivación real de la sentencia no coincide con dichas posiciones históricas, aunque la cita es problemática.

Pero sí parece importante, al advertir este problema con unas citas que se vienen repitiendo desde hace muchos años, que la problemática de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte sea objeto de una actualización. No parece lógico seguir utilizando citas insostenibles y que, de una forma u otra, marcan cierto contexto que orienta al intérprete en una dirección que no puede ser defendida en nuestros días.

Los derechos humanos han sido uno de los temas en que el derecho ha cambiado más en los últimos tiempos. En algunos aspectos la Corte aparece con conceptos modernos y de avanzada —por ejemplo, en la sentencia de 19 de octubre de 2009 adhirió a la concepción del *bloqueo de los derechos humanos*, lo que la coloca entre las cortes constitucionales más avanzadas de América Latina—. Pero otras veces, como ocurre en materia de igualdad, la necesidad de cortar con un pasado erróneo y actualizar las miras, los criterios y valoraciones parece incuestionable e impostergable.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNSTEIN, David E., “The Story of *Lochner v. New York*: Impediment to the Growth of the Regulatory State”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004.
- EISGRUBER, Christopher L., “The Story of *Dred Scott*: Originalism’s Forgotten Past”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992.
- HARRIS, Cheryl I., “The Story of *Plessy v. Ferguson*: The Death and Resurrection of Racial Formalism”, en Michael C. DORF (ed.), *Constitutional Law Stories*, Nueva York: Foundation Press, 2004.
- KORZENIAK, José, *Derecho constitucional* 2.º, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1985.
- RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- *Derecho constitucional*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2.ª ed. actualizada y ampliada, 2006.
- *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2010.
- STONE, Geoffrey R., Louis M. SEIDMAN, Cass R. SUNSTEIN, Mark V. TUSHNET y Pamela S. KARLAN, *Constitutional Law*, Aspen, 2005.
- SULLIVAN, Kathleen M., y Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, Nueva York: Foundation Press y Thomson West, 15.ª ed., 2004.