

Curso virtual de DDHH – Caso 2

Derecho a la igualdad y a la no discriminación

Aspectos procesales* y solución de fondo

Chile - Realizado por: Claudio Nash Rojas

Aspectos procesales

1. Tipo de acción

En el presente caso, la acción procedente es la *acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley*, consagrada en el numeral 6 del artículo 93 de la Constitución Política de Chile. El Tribunal Constitucional la definió en su Sentencia No. Rol 679 de 26 de diciembre de 2007 como aquella acción que “instaura un proceso dirigido a examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, la inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas, que naturalmente se encuentran vigentes mientras no conste su derogación, que hayan sido invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la causa en que inciden”.

2. La competencia del Tribunal o Corte para conocer el caso

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6, le corresponde al Tribunal Constitucional resolver las cuestiones que se susciten en virtud de la *acción de inaplicabilidad* por inconstitucionalidad de la ley.

3. El reclamante

En el presente caso, no se hace explícita la naturaleza jurídica del accionante de *acción de inaplicabilidad* por inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, el reclamante podrá ser cualquier persona que sea parte del proceso y que se encuentre interesada en que un precepto legal no sea

* María Paula Cortés Monsalve, estudiante de derecho de la Universidad de los Andes (Colombia), apoyó al autor en una primera búsqueda sobre los aspectos procesales para resolver este caso con fundamento en la legislación chilena.

aplicable a un asunto judicial por cuanto éste resulta contrario a la Constitución, o el juez que conoce de la gestión pendiente, según lo señalado por el artículo 93 de la Constitución Política.

4. El objeto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley

En el caso bajo estudio, el objeto de la *acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley* se fundamenta en la presunta violación del derecho constitucional a la igualdad y al principio constitucional a la igualdad material, puesto que antepone la orientación sexual como un criterio sospechoso de discriminación. En segundo lugar, la norma impugnada presume la violación del derecho a la familia, tanto de las personas LGBTI que desean constituir una, como de los menores que tiene el derecho a ser parte de una.

5. La legitimación del demandante

Según lo dispuesto en el artículo 93 constitucional, se encuentran legitimados para interponer dicha acción tanto el juez que conoce de la gestión judicial que se está adelantando, así como las partes que conforman aquella gestión.

6. El agotamiento de la vía jurídica ordinaria

Por tratarse de *acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley* no hay vía jurídica ordinaria previa que se exija en el caso concreto.

7. La forma y el plazo para la admisibilidad de la acción

Según lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Organica Constitucional del Tribunal Constitucional (Ley 17.997):

“[...] es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

“Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

“Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

“El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso.”

Por último, la acción no tiene plazo para su ejercicio, simplemente se exige que exista una gestión judicial pendiente para poder interponer dicho recurso.

Solución de fondo

I. Problema jurídico

Los hechos del caso nos plantean el siguiente problema jurídico a resolver ¿Es contraria al principio de igualdad y no discriminación una disposición normativa según la cual es requisito para adoptar la conformación de una relación de pareja entre un hombre y una mujer, excluyendo así la posibilidad de que una pareja del mismo sexo se encuentre legitimada para acceder a la adopción conjunta de menores de edad?

II. Marco jurídico de protección

La acción de inconstitucionalidad deducida conforme al art. 96 N° 6 de la Constitución Política de la República (CPR) persigue:

Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

Para resolver este caso, supondremos que existe una causa pendiente donde la norma en cuestión es relevante para la resolución del caso. Esto nos permitirá revisar el razonamiento desde la perspectiva del Tribunal Constitucional.

II. 1 Articulación del ámbito de salvaguarda

La normativa involucrada en esta acción de inconstitucionalidad son las disposiciones constitucionales que se indican:

- Art. 1: Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. / La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. / El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. / El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. / Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.
- Art. 5 inciso 2: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. A partir de esta norma se hacen aplicables los derechos consagrados en los instrumentos de derechos humanos y la jurisprudencia desarrollada por los órganos de control y protección internacional.
- Art. 19 N° 2: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

Además, se estaría violando los derechos consagrados en la [Convención Americana sobre derechos humanos \(CADH\)](#), concretamente:

- [Art. 17](#) N° 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
- [Art. 19](#): Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.
- [Art. 24](#): Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

La alegación que funda la acción de inaplicabilidad es el hecho que la norma que establece un trato diferenciado en materia de adopción, basado en la orientación sexual de quien realiza el trámite correspondiente, es contrario a las normas sobre igualdad y no discriminación que están consagradas constitucionalmente y en los tratados de derechos humanos vigentes en Chile.

La solicitud de inaplicabilidad busca que una norma que es incompatible con la Constitución no sea aplicada en un caso concreto (art. 93 N° 6).

II. 2 Límites a los derechos alegados: ¿estamos frente a una restricción o a una violación de derechos?

En este caso estamos ante una discusión constitucional relevante ya que lo que debe resolver este Tribunal es la legitimidad o no de un trato diferenciado en materia de adopción en atención al interés superior de los niños y niñas con base en el principio de igualdad y no discriminación. Para resolver esta materia es relevante tener en consideración las normas internacionales de derechos humanos conforme lo dispone el art. 5 inc. 2° de la Constitución.

En primer lugar, es importante tener en consideración que los instrumentos internacionales contemplan la obligación del Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad en toda su legislación y no sólo respecto de los derechos consagrados internacionalmente¹. La [Convención Americana](#), además de lo dispuesto en el [artículo 1.1](#), consagra en su [artículo 24](#) el derecho de la igualdad ante la ley en los siguientes términos: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio estructurante del sistema de derechos humanos e incluso, para la Corte IDH, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*².

Si bien ni la Constitución ni la [CADH](#) define qué debe entenderse por discriminación, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) ha entregado una definición que es comúnmente aceptada como una adecuada descripción de este concepto. Al efecto el Comité ha definido la discriminación como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento,

¹ A modo de ejemplo, ver art. 24 de la [CADH](#) y art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

² Corte IDH, 17 de septiembre de 2003, [Opinión Consultiva-18/03](#), párrafo 101.

goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”³.

Esta idea acerca del significado de la discriminación nos permite desprender y vislumbrar algunos aspectos relevantes para delimitar cuándo nos encontramos ante una discriminación, en este caso, por orientación sexual.

- En primer lugar, la determinación de la existencia de igualdad o de discriminación supone un ejercicio relacional. En efecto, requiere necesariamente realizar una comparación entre la situación de uno o más sujetos respecto de uno o más objetos (recursos, cualidades, bienes, derechos, etc.). En nuestro caso, lo relevante es la situación de parejas del mismo sexo respecto de aquellas de diferente sexo.
- En segundo lugar, la discriminación requiere, en términos generales, una acción u omisión estatal, que puede consistir en una “distinción, exclusión, restricción o preferencia”. La mayoría de estas expresiones aluden a la concesión o negación de algo que se otorga a unos y no a otros, lo que nos sugiere que las diferenciaciones suelen ser jurídicamente más problemáticas. En materia de orientación sexual y adopción lo relevante es el acceso a una institución social, la adopción y si dicho acceso es en condiciones de igualdad.
- Esto nos lleva a otro de los aspectos más destacables del concepto de discriminación: los motivos de diferenciación. La definición del CDH y las cláusulas que prohíben la discriminación hacen mención de una serie de motivos no taxativos con base en los cuales las personas pueden ser discriminadas. Algunos de estos motivos son señalados explícitamente por la [Convención](#)⁴, pero esto no significa que sea un grupo cerrado de calidades, ya que la [Convención](#) se encarga de señalar una cláusula general “cualquier otra condición social”, que sirve como base para establecer un límite al trato diferenciado que constituye una discriminación en la medida que dicho trato tenga como base un elemento particular del titular que lo diferencie en sus relaciones sociales.

Mas, no toda diferencia de trato será una discriminación. Es posible que un trato diferenciado sea legítimo, en cuyo caso deben concurrir tres elementos: objetividad y razonabilidad de dicho trato diferenciado y que busque un fin legítimo. El mismo Comité lo ha expresado en los siguientes términos, “[...] el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”⁵.

³ CDH, Observación general N° 18 (1989), párrafo 7.

⁴ [Art. 1.1](#) CADH.

⁵ CDH, Observación general N° 18 (1989), párrafo. 13.

De ahí que sea relevante el análisis que han hecho tanto las instancias internacionales como nacionales, de verificar si concurren dichos elementos para justificar un trato diferenciado entre parejas de distinto sexo y aquellas del mismo sexo. De esta forma, será carga del Estado probar que tratar a las personas de manera distinta por su orientación sexual respecto del acceso a la institución de la adopción es una distinción objetiva, que sirva a un fin legítimo y que la medida sea necesaria en una sociedad democrática, esto es, que sea adecuada, conducente y proporcional, afectando de la menor forma al derecho a ser tratado en condiciones de igualdad para conseguir dicho fin legítimo.

III. Constatación de un trato diferenciado

En la discusión de inaplicabilidad deducida es claro que estamos ante un trato diferenciado, la cuestión es resolver si dicho trato diferenciado es constitucionalmente legítimo o no. Al efecto, la decisión que debe tomar este Tribunal es si es razonable que, en atención al principio del interés superior del niño, las parejas del mismo sexo sean excluidas del acceso a la institución de la adopción en atención a su orientación sexual.

El primer aspecto a resolver es si la orientación sexual es una condición de aquellas que pueden constituir un acto de discriminación contrario a la Constitución y los compromisos internacionales del Estado de Chile.

Lo primero que se puede concluir es que no hay una referencia explícita ni en la Constitución ni en la [CADH](#) a una prohibición de un trato diferenciado en razón de la orientación sexual. Esto obliga a preguntarse si esta causal puede ser comprendida dentro de alguna de las condiciones que sí son base de una discriminación. Si miramos el derecho comparado, vemos que la forma en la cual los órganos de control internacional han establecido que la orientación sexual es una condición prohibida para establecer un trato diferenciado es considerarla parte de la cláusula “sexo”⁶ o vincularla a una cláusula abierta⁷ y por lo tanto, por esta vía sería una consideración ilegítima al momento de establecer un tratamiento diferenciado.

Respecto a la orientación sexual como un criterio respecto del cual el Estado debe abstenerse para justificar una intervención en la vida familiar, la Corte Interamericana ha señalado en su sentencia del caso [Karen Atala e hijas vs. Chile](#) lo siguiente:

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el [artículo 1.1](#) de la Convención Americana, los criterios de interpretación

⁶ CDH, 04 abril 1994.

⁷ CEDH, 21 diciembre 1999.

fijados en el [artículo 29](#) de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexuals.

En definitiva, la Corte Interamericana, en tanto intérprete último de la Convención, ha reconocido la orientación sexual como una condición que no puede servir, *prima facie*, de base para un trato diferenciado.

IV. Justificación de un trato diferenciado

IV. 1 Identificación del posible conflicto

Lo que corresponde ahora es determinar si el principio de **interés superior del niño** puede ser considerado un elemento que permita justificar una afectación razonable del principio de igualdad. En esta materia, nuevamente, citamos a la Corte Interamericana, quien ha señalado:

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños⁹.

⁸ Corte IDH. [Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile](#). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

⁹ Corte IDH. [Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile](#). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 111.

IV. 2 Ponderación en sentido estricto

Sobre esta base, es posible analizar el presente recurso de inaplicabilidad.

A partir de lo expuesto, estamos en condiciones de formular algunos criterios interpretativos que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar la constitucionalidad de la norma impugnada en materia de adopción por parte de personas del mismo sexo, a la luz de los estándares constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos.

Una primera cuestión a tener presente en esta materia es que todo el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos se basa en dos principios fundamentales: la libertad y la igualdad de trato y la no discriminación (art. 1 y 19° 2 CPR). Ambos principios están dirigidos a la concreción de la dignidad de la persona humana en un momento histórico determinado, bajo ciertas condicionantes de variada índole (culturales, sociales, económicas, entre otras). Dentro de la libertad personal, entendida como autonomía, ubicamos el derecho que tienen las personas de elegir su proyecto de vida y dentro de este, su vida en pareja conforme a sus opciones sexuales. Al ser este un ejercicio libre, el Estado está obligado a respetar y garantizar dichas elecciones y a no intervenir en ellas. Además, debe asegurar a las personas un igual trato y, por lo tanto, que no va a afectar dicha igualdad en forma arbitraria.

Un segundo punto, es el deber que tienen las autoridades nacionales de generar las condiciones para que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida en pareja. A este respecto existe un cierto consenso en que el Estado tiene un margen de libertad para ofrecer diseños institucionales diversos para que las personas lleven adelante dichos proyectos de vida en pareja. Pero esta libertad está limitada por el derecho que tienen las personas a ser tratadas con igual consideración y, por tanto, que la legitimidad de dichos diseños institucionales estará basada en el respeto de los derechos humanos. Por tanto, si la forma en que el Estado ha decidido que se regule la institución de la adopción debe ser constitucional y, por tanto, permitir que las personas accedan a esta institución en condiciones de igualdad.

aa. Fin legítimo

En efecto, el Estado no podrá restringir el acceso a la institución fundamental de la adopción, sino basado en alguna consideración objetiva, que busque un objetivo legítimo y en la medida que dicha restricción sea necesaria en una sociedad democrática. Sobre la base de estos criterios, no parece razonable y, por tanto legítimo, que dicho trato diferenciado se funde en la orientación sexual de las personas. La ley debiera justificar con razones imperiosas la legitimidad de un trato diferenciado. La orientación sexual como causal de restricción no cumple con estos requisitos de

legitimidad constitucional. En efecto, la orientación sexual no parece un criterio objetivo para determinar el acceso a un derecho; tampoco tiene un objetivo legítimo ya que este no podrá estar basado en razones de moral individual (por ejemplo religiosas).

bb. Idoneidad y necesidad

A juicio de este Tribunal, no parece necesaria una distinción basada en la orientación sexual en una sociedad democrática, ya que no cumple con los requisitos de adecuación, necesidad y proporcionalidad, que la justificarían.

cc. Ponderación en sentido estricto

Un asunto relevante a la hora de valorar la proporcionalidad es considerar que impedir a una persona el acceso a una institución social y jurídica relevante implica una afectación grave a sus derechos y por tanto, deberían concurrir razones de la misma magnitud para impedir dicho acceso, lo que en el caso en estudio no ocurre. Una sociedad democrática se basa en el respeto a la pluralidad de proyectos de vida y en ese sentido, las opciones de vida en pareja de personas del mismo sexo deben ser respetadas por el Estado y éste debe abstenerse de intervenir en ellas directa o indirectamente.

Sobre la proporcionalidad ya se ha pronunciado este Tribunal. En efecto, respecto de los requisitos para la procedencia de una restricción legítima de un derecho fundamental, se ha señalado por este Tribunal Constitucional que “una limitación a un derecho fundamental es justificable, cuando dicho mecanismo es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales”¹⁰.

Recurrir al principio del interés superior del niño/a, como base para justificar un acceso diferenciado a la institución de la adopción en razón de la orientación sexual, supone que el interés superior del niño solo se garantiza adecuadamente a través de la adopción de personas heterosexuales. Tal como ha señalado la Corte IDH, no hay evidencia alguna que justifique este razonamiento. El interés superior de los niños está relacionado con la mejor protección de sus derechos y en nada afecta sus derechos la adopción por parejas del mismo sexo ([art. 19](#) de la CADH). La suposición contraria, posible *Bullying* que pueden sufrir los niños o afectación a su formación por no tener padre y madre socialmente aceptados, no es sino expresión de estereotipos que no pueden tener cabida constitucional, ya que la determinación idoneidad es parte del proceso

¹⁰ Tribunal Constitucional chileno, [rol 519-2007](#), considerando 9°.

de adopción y no puede estar configurada como un elemento de exclusión *a priori* y en abstracto que suponga la flata de idoneidad solo en base a la orientación sexual de quien accede al proceso de adopción.

Asimismo, la Convención Americana ([art. 17](#)), al igual que la Constitución (arts. 1 y 19 N°4 CPR), consagran el derecho a la protección de la familia. De esta forma, el Estado debe proteger la familia en sus diversas conformaciones y cualquier restricción basada en orientación sexual para establecer una jerarquización entre distintas conformaciones de familia no tiene asidero ni constitucional ni en los tratados de derechos humanos vinculantes para Chile¹¹. Así lo ha entendido la propia Corte IDH en su reciente [Opinión Consultiva 24/17](#):

Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales. Como fue constatado por este Tribunal, las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales así como otros internacionalmente reconocidos. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales¹².

V. Decisión del asunto controvertido

En definitiva, un diseño institucional que no permita el libre acceso a la institución de la adopción a las parejas del mismo sexo no parece compatible con las normas constitucionales y las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Por tanto, se debe acoger el presente recurso de inaplicabilidad por ser la norma invocada, contraria a la Constitución y por tanto se declara inaplicable la norma controvertida por ser inconstitucional.

¹¹ “La Corte constata que en la CADH no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”. (Corte IDH. [Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile](#). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 142)

¹² Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). [Opinión Consultiva OC-24/17](#) de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 198.