

Curso virtual de DDHH – Caso 2

Derecho a la igualdad y a la no discriminación

Aspectos procesales* y solución de fondo

Uruguay - Realizado por: Martín Risso Ferrand

Aspectos procesales

1. Tipo de acción

En el presente caso, la acción procedente es la acción de inconstitucionalidad, que en Uruguay se encuentra regulada en el Código General del Proceso (CGP), el cual establece en su artículo 508 que “[s]iempre que deba aplicarse una ley o una norma que tenga fuerza de ley, en cualquier procedimiento jurisdiccional, se podrá promover la declaración de inconstitucionalidad”. De igual forma, las leyes pueden ser declaradas inconstitucionales por razones de forma o contenido, según lo disponen los artículos 256 a 261 de la Constitución Política de Uruguay.

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

La promoción de la cuestión de inconstitucionalidad dependerá de si la declaración se interpone por vía de acción o por vía de excepción. En este sentido, el artículo 510 del CGP dispone que se interpondrá:

“1° Por vía de acción, cuando no existiere procedimiento jurisdiccional pendiente. En este caso, deberá interponerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia.

2° Por vía de excepción o defensa, que deberá oponerse ante el tribunal que estuviere conociendo en dicho procedimiento”.

Por su parte, el numeral 2 del artículo 509 del CGP dispone una tercera vía, conocida como vía de oficio, la cual será promovida, “[...] por el tribunal que entendiere en cualquier procedimiento jurisdiccional”.

* Valentina Vera Quiroz, abogada egresada 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 uruguaya.

En el presente caso, la acción de inconstitucionalidad de la ley se debe adelantar por vía de acción, puesto que no existe un asunto judicial pendiente. Así las cosas, la competencia le corresponderá a la Suprema Corte de Justicia para determinar la constitucionalidad de la Ley Y que dispone que “[s]on requisitos de legitimación para adoptar: (...) c) conformar una vida de pareja entre un hombre y una mujer, ya sea por unión de hecho, solemne o matrimonial”.

3. El reclamante

En el presente caso, no se hace explícita la naturaleza jurídica del accionante de la demanda de inconstitucionalidad. Sin embargo, según el artículo 509 del CGP, esta puede ser interpuesta: “1° Por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo. 2° De oficio, por el tribunal que entendiere en cualquier procedimiento jurisdiccional”.

4. El objeto de la acción de inconstitucionalidad

El objeto de la demanda de inconstitucionalidad presentada 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 demanda 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

No se hace explícita la naturaleza jurídica del accionante de la demanda de inconstitucionalidad, sin embargo, esta puede ser interpuesta por cualquier persona que considere que sus derechos han sido lesionados, según lo estipula el numeral 1 del artículo 509 del CGP.

6. El agotamiento de la vía jurídica ordinaria

Las acciones de inconstitucionalidad no exigen el agotamiento de la vía jurídica ordinaria, por lo que estas se deben presentar directamente ante la Suprema Corte de Justicia si se interpone por vía de acción, o por vía de excepción ante el tribunal que conozca del procedimiento judicial pendiente, según sea el caso.

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

El artículo 512 del CGP establece los requisitos de forma para interponer la declaración de inconstitucionalidad, a saber “[...] deberá formularse por escrito, indicándose, con toda precisión y claridad, los preceptos que se reputen inconstitucionales y el principio o norma constitucional que se vulnera o en qué consiste la inconstitucionalidad en razón de la forma. La petición indicará todas las disposiciones o principios constitucionales que se consideren violados, quedando prohibido el planteamiento sucesivo de cuestiones de inconstitucionalidad”.

Respecto al plazo estimado para interponer la declaración, el artículo 511.1 indica que “[1]a solicitud de declaración de inconstitucionalidad, como excepción o defensa, podrá ser promovida por el actor, por el demandado o por el tercerista, en los procedimientos correspondientes, desde que se promueve el proceso hasta la conclusión de la causa, en la instancia pertinente”.

Sobre este punto, es importante tener en cuenta que las solicitudes no serán admitidas en el evento que no se ajusten a los requisitos anteriormente detallados o éstas se presenten de manera extemporánea, según lo indica el artículo 513.1 del CGP.

Solución de fondo

I. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en si la norma demandada es acorde con la legislación uruguaya y con los tratados internacionales en la materia ratificados por este país.

II. Marco jurídico de protección

En este caso componen el marco de protección el Derecho Constitucional uruguayo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial la [Convención Americana sobre Derechos Humanos](#) (CADH), que conforman un bloque normativo ([bloque constitucional, de constitucionalidad o simplemente bloque de los derechos humanos](#)), como lo ha llamado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, en la [sentencia 365/2009](#)).

En Uruguay se permite la adopción por parte de parejas del mismo sexo (ley 19.075), pero se tomará como supuesto de trabajo que existe una ley con las características indicadas en este caso. En este caso resultan aplicables normas constitucionales y convencionales referidas al principio general y derecho a la igualdad, a la protección de los menores y en cuanto al interés general del

niño (Convención Internacional de Derechos del Niño), derecho a fundar una familia (comprendiendo la existencia de niños a cargo de los fundadores en un régimen estable de adopción formal).

La Constitución uruguaya, en su artículo 8, refiere al principio de igualdad ante la ley, sin referencia a otras variantes. La igualdad material se deduce, sin embargo, de otras disposiciones constitucionales y, recurriendo al Derecho Internacional, se acepta pacíficamente el complemento de este principio y derecho, y la inclusión, por ejemplo, del principio de no discriminación, dentro del cual se incluyen las desigualdades basadas en orientaciones o preferencias sexuales.

III. Constatación de un trato diferenciado

Fácil es, entonces, colocar a este caso dentro de la figura de la discriminación, lo que conducirá a que se deba ser mucho más exigente en el análisis de la justificación de la diferenciación. En Estados Unidos se ha usado la expresión de categorías sospechosas de discriminación; de lo que deriva: a) quien diferencia es quien tiene que justificar la diferenciación (sobre él recae la carga de la argumentación) y, b) los criterios para analizar estas justificaciones son muchos más estrictos que en un caso de desigualdad simple.

El principio de protección del menor (artículos 41 y siguientes de la Constitución), sumado a la noción de “interés superior del niño” (Convención Internacional de Derechos del Niño), resultan claves. El Estado debe buscar (objetivo central) que al dar en adopción al menor se esté tomando la mejor decisión para este, por encima del interés de los adultos.

El [artículo 24](#) de la CADH, referido a la igualdad y a la no discriminación, no implica que haya una lista cerrada de casos de discriminación, sino que esta puede ser ampliada cuando: a) refieran o se basen en aspectos centrales de la identidad de la persona (entre estas la orientación sexual), b) estén asociadas a situaciones históricas de discriminación y subordinación de grupos, c) que refieran a grupos de escaso peso social o político, y, d) que los criterios empleados (para la diferenciación) no sean racionales. Este [artículo 24](#) debe asociarse con la prohibición de discriminación del artículo 1 de la Convención.

Sobre el [artículo 17](#) de la Convención, que refiere al “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, debe tenerse presente que no puede interpretarse en forma *pedeletrista*. En efecto, en múltiples pronunciamientos la Corte IDH ha señalado que la [Convención](#) debe ser interpretada en forma evolutiva (ha señalado que los derechos humanos son instrumentos vivos) y expansiva. Asimismo, el concepto de familia no se encuentra cerrado a un modelo tradicional, sino que abarca otros lazos familiares ([Caso Atala Riffo](#)). También la Corte

ha rechazado que el estado civil de los padres pueda ser obstáculo, ni que pueda favorecer a quienes se encuentran en situación de matrimonio formal respecto a otros, aceptando las familias monoparentales ([caso Fornerón](#)). Por último, la Corte ha rechazado presunciones injustificadas e invocaciones al interés superior del menor, respecto a las personas homosexuales ([caso Atala Riffo](#)). La Corte IDH sostuvo, en definitiva, que las aptitudes de padres homosexuales son equivalentes a las de los heterosexuales.

IV. Justificación de un trato diferenciado

La determinación del orden jurídico aplicable, así como de la constatación de un trato diferenciado injustificado, conducen claramente a la solución del caso.

¿Puede invocarse a favor de la ley la existencia de informes científicos que desaconsejen este tipo de adopción o que señalen obstáculos o peligros válidos respecto al niño? Es claro que no. Podrán aparecer informes en ambos sentidos, pero la literatura mayoritaria y más calificada orienta a rechazar estos informes.

Hay evidencia calificada que nos dice que no hay diferencias, para el niño, por ser criado en un hogar conformado por una pareja heterosexual u homosexual.

Privar a las parejas compuestas por personas de similar sexo, implica no solo un caso de desigualdad, sino de discriminación y, en estos casos, los criterios para valorar las justificaciones que se esgriman para la discriminación deben ser más estrictos. La prueba clara y contundente se exigiría solo para aceptar una excepción o justificación al principio de no discriminación y, en caso contrario, debe protegerse al discriminado.

Asimismo, en las hipótesis de discriminación no pueden aceptarse justificaciones que se basan en prácticas sociales o históricas, ya que estas prácticas, si ocasionan discriminación, lejos de constituir argumentos válidos, son algo que debe combatirse.

Estos argumentos conservadores y basados en la propia realidad discriminadora no pueden ser aceptados. Históricamente la noción de “iguales pero separados” para referir a la existencia de transporte, bares, escuelas, etc., para afrodescendientes separados de los blancos, se pretendió justificar en que los afrodescendientes se “sentirían” mejor en lugares propios para ellos que en otros compartidos con los blancos. Estas visiones fueron definitivamente descartadas en el caso “Brown v. Board of Education” (1954 y 1955), de la Corte Suprema de los EEUU, en que se demostró las graves consecuencias de dicha discriminación.

V. Decisión

La inexistencia de justificaciones claras, confiables y debidamente fundadas en favor de la ley cuya constitucionalidad se ha cuestionado en este caso, conduce necesariamente al acogimiento de la acción de inconstitucionalidad planteada.

Esta ley resulta violatoria del principio de no discriminación y sin razones válidas. Debe hacerse lugar a la acción y declararse la inconstitucionalidad de la ley Y.