

Curso virtual de DDHH – Caso 2

Derecho a la igualdad y a la no discriminación

Aspectos procesales* y solución de fondo

Venezuela - Realizado por: Jesús María Casal Hernández

Aspectos procesales

1. Tipo de acción

En este caso la acción procedente es una demanda popular de inconstitucionalidad.

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

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece en su artículo 32 que el control concentrado de constitucionalidad corresponde únicamente a la Sala Constitucional, mediante demanda popular de inconstitucionalidad. Asimismo, los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general.

3. El reclamante

En este caso particular no se especifica quién es el reclamante de la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, a pesar de no estar expreso en la Constitución, ni en la ley, esta puede ser interpuesta por cualquier ciudadano, inferencia que se realiza a partir del artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo y otras disposiciones, junto a los criterios doctrinales y jurisprudenciales tradicionales.

* Viviana Carolina Rodrigo Giubasso, 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 venezolana.

4. El objeto de la demanda de inconstitucionalidad

La acción popular de inconstitucionalidad tiene como objeto proteger la supremacía de la Constitución frente a normas inferiores que lleguen a contrariar principios y fundamentos constitucionales. En este orden de ideas, el artículo 21 de la Carta apunta que “todas las personas son iguales ante la ley” por lo cual no se permiten discriminaciones basadas en raza, sexo, credo, entre otras. Se afirma a su vez que la ley se encargará de garantizar que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas positivas a favor de aquellos que puedan ser discriminados. Así las cosas, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación se configuran como los derechos objeto de tutela constitucional. Por otro lado, la norma demanda podría implicar la violación del derecho a la familia, tanto de las personas LGBTI que desean formar 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

Al hablar de una acción popular de inconstitucionalidad de una ley no existe una vía jurídica ordinaria previa.

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

En el caso particular de Venezuela no hay plazo de caducidad para interponer la acción popular de inconstitucionalidad.

Solución de fondo

I. Problema jurídico

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

II. Marco jurídico de protección

El caso se relaciona con el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 21 de la Constitución venezolana, el cual establece que:

“Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias”.

En el contexto señalado también tiene relevancia el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, como veremos, reconocido en el artículo 20 de la Constitución¹; asimismo, puede adquirir significación el derecho a la protección de las familias que se deduce del artículo 75 de nuestra Constitución².

La normativa internacional aplicable, que tiene igualmente jerarquía constitucional (arts. 22 y 23 de la Constitución), será considerada durante el desarrollo de los siguientes apartados.

¹ “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

² “El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional”.

II. 1 Titularidad del derecho

Tanto el derecho a la igualdad como el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad son reconocidos a toda persona. De modo que la orientación sexual, evidentemente, no repercute en el examen de la titularidad de estos derechos. Por el contrario, es a partir de ellos, sobre todo del derecho a la igualdad, que ha de analizarse si la distinción de trato derivada de la ley impugnada es constitucionalmente lícita. Además, no deben perderse de vista los derechos de los niños o adolescentes que pudieran ser adoptados.

II. 2 Ámbito protegido

El derecho a la igualdad ampara a la persona frente a toda diferencia de trato carente de justificación. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha declarado que:

“...el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria, y se prohíbe por tanto, la discriminación”³.

Ha apuntado también que:

“...no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas”⁴.

Al estudiar el derecho a la igualdad en el plano constitucional e internacional suele aludirse a determinadas categorías explícitamente excluidas normativamente como causas que puedan ser consideradas por el legislador u otras autoridades al imponer alguna distinción en el tratamiento

³ [Sentencia de la Sala Constitucional N° 1197, del 17 de octubre de 2000.](#)

⁴ Ídem.

jurídico. A ellas se refiere el artículo 21.1 de nuestra Constitución y las mismas deberían dar lugar a un severo escrutinio respecto de la licitud de cualquier distinción normativa que se base en alguna de esas categorías.

III. Constatación de un trato diferenciado

Este precepto prohíbe las discriminaciones fundadas en “la raza, el sexo, el credo, la condición social” u otras circunstancias que atenten contra la igualdad en el goce o ejercicio de los derechos. Las diferencias de trato derivadas de la orientación sexual representan en principio una discriminación, es decir, una distinción constitucionalmente prohibida, ya que puede considerarse que aquella queda abarcada por la alusión a la condición social contenida en el artículo 21.1, en concordancia con lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al interpretar el [artículo 1.1](#) de la Convención, como luego se dirá.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha destacado el carácter enunciativo, no taxativo, del listado de supuestos de discriminación formulado por el artículo 21.1, por lo que ha declarado que entre estos se hallan las diferenciaciones originadas en la orientación sexual. Sin embargo, no ha aclarado si esta discriminación estaría comprendida en alguna de las circunstancias expresamente excluidas por esta disposición o si sería examinada desde la óptica de la genérica referencia a situaciones contrarias a la igualdad en el disfrute de los derechos. Tampoco ha desarrollado en su jurisprudencia la idea de las categorías sospechosas o excluidas en principio como fundamento para una distinción regulativa en el ejercicio de derechos subjetivos o libertades.

Según la jurisprudencia constitucional, la ley impugnada afectaría además el ámbito protegido por el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad⁵. Podría entrar en juego también el derecho a la protección de las familias, que la Sala ha llegado a interpretar ampliamente⁶ aunque no directamente en relación con el caso objeto de análisis.

IV. Justificación de un trato diferenciado

Dado que se está examinando una problemática referida al derecho a la igualdad, el examen clásico de la admisibilidad de la restricción se reconduce a la indagación sobre la licitud de una diferencia de trato. Las discriminaciones en sentido estricto están excluidas de plano, pero no toda distinción normativa entre personas representa *per se* una discriminación. Para saber si esta se ha producido, ha de determinarse si hay o no razones que justifiquen tal diferenciación. En relación

⁵ Vid. [sentencia de la Sala Constitucional N° 190, de 28 de febrero de 2008](#).

⁶ Vid., entre otras, la [sentencia de la Sala Constitucional N° 693, del 2 de junio de 2015](#).

con las categorías expresamente excluidas por el artículo 21.1 de nuestra Constitución y el [artículo 1.1](#) de la CADH, se impone una suerte de presunción favorable a la existencia de un trato discriminatorio, la cual, en determinados supuestos, puede ser desvirtuada por las autoridades, mediante una fundamentación que ha de ser revisada bajo un severo escrutinio.

En lo que atañe al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, el artículo 20 de la Constitución admite la posibilidad de su limitación, y el derecho a la protección de las familias es susceptible de cierta configuración legislativa.

Desde el punto de vista formal, la diferencia de trato que está siendo cuestionada está contemplada en una ley, que no adolece de imprecisión. Resta, pues, examinar si esa diferencia tiene justificación.

El caso planteado se inscribe en la temática de los derechos de las personas LGBTI y, en particular, los derechos de parejas conformadas por personas de un mismo sexo. En esta materia la Sala Constitucional ha establecido que:

“...con fundamento en el artículo 21 de la Constitución, un individuo no puede ser discriminado en razón de su orientación sexual, cuando tal condición implique colocarlo en un plano de desigualdad respecto de aquellos aspectos en los que, por su condición de ser humano, es igual frente al resto de los individuos de la colectividad. Así, en su condición de trabajador, en su condición de ciudadano, y, en general, respecto del ejercicio de sus derechos individuales (civiles, políticos, sociales, culturales, educativos y económicos) que le otorga la condición de persona, es, ante la Ley, igual al resto de la colectividad”⁷.

Esta aproximación al asunto indica que la Sala no considera a la orientación sexual de una persona como una categoría sospechosa, en principio excluida como fundamento para una diferencia de trato. Por el contrario, según el razonamiento citado la orientación sexual sería una circunstancia más que en cada situación deberá ser evaluada desde el prisma del derecho a la igualdad.

La Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre un tema estrechamente vinculado con el de la posibilidad de la adopción de niños o niñas por parejas integradas por personas de un mismo sexo, como lo es el de la existencia o no de un derecho al matrimonio entre quienes las conforman. Estas cuestiones no han de ser respondidas necesariamente de la misma manera, pero están conceptualmente conectadas. Al respecto, la Sala Constitucional, al resolver un recurso en el que

⁷ [Sentencia de la Sala Constitucional N° 190, de 28 de febrero de 2008.](#)

se solicitaba la interpretación de la Constitución en relación con el alegado derecho al reconocimiento de los mismos efectos del matrimonio a uniones estables de hecho entre personas del mismo sexo, sostuvo criterios que podrían extenderse al caso que se examina. La Sala Constitucional afirmó que:

“... la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona, como se explicó. Así, es pertinente poner de relieve que la Constitución no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio –el cual sí se define como unión entre hombre y mujer”⁸.

De esto se colige que para la Sala Constitucional la unión entre personas del mismo sexo no se equipara constitucionalmente al matrimonio, sin perjuicio de que, como la misma sentencia terminó concluyendo, el legislador pueda reconocer determinados derechos a quienes conformen tales uniones, los cuales no tendrían que ser idénticos a los propios del matrimonio.

En lo concerniente al caso planteado, lo dicho implica que, según los criterios sentados por la Sala Constitucional, la regulación legal según la cual un requisito para adoptar es la existencia de “una vida de pareja entre un hombre y una mujer, ya sea por unión de hecho, solemne o matrimonial”, no sería automáticamente inconstitucional, pues habría que evaluar si la exclusión implícita de las parejas de personas del mismo sexo es discriminatoria, desde la perspectiva del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y, eventualmente, del derecho a la protección de la familia.

Si se tienen en cuenta los parámetros de la CADH y de la jurisprudencia interamericana, habría que modificar en algunos aspectos el esquema de análisis de la Sala Constitucional, con posibles consecuencias en la resolución del asunto.

La Corte IDH ha sostenido que la “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención”⁹, bajo la expresión “cualquier otra condición social”

⁸ *idem*.

⁹ Corte IDH, [Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017](#), sobre *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*

contenida en el [artículo 1.1](#) de la CADH. Las categorías protegidas son las que, según antes se indicó, están excluidas expresamente por esa disposición de la [Convención](#) como motivo para una diferencia de trato. La inclusión de la orientación sexual dentro de estas categorías tiene consecuencias en el plano del control, ya que:

“cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”¹⁰.

Este riguroso test va acompañado de una carga de la justificación que recae sobre las autoridades del Estado, pues estas deben evidenciar que la regulación o decisión que da un tratamiento jurídico distinto, desfavorable, a una persona en razón de su orientación sexual “no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”¹¹.

A las consideraciones anteriores, referidas al derecho a la igualdad, consagrado en los [artículos 1.1](#) y [24](#) de la CADH, ha de sumarse el derecho a la protección de la familia reconocido en el artículo 17 de la [Convención](#), que comprende el derecho a fundarla, y los derechos del niño garantizados por su artículo [19](#). Estos derechos deberían concurrir en el ya esbozado test de constatación de una discriminación elaborado por la Corte IDH desde la perspectiva del derecho a la igualdad y de las categorías protegidas.

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). Serie A N° 24, párr. 68.

¹⁰ Idem, párr. 81.

¹¹Corte IDH, [caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile](#), sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 234, párr. 124.

Bajo estos parámetros tendría que examinarse la ley impugnada, lo cual supone que la jurisdicción constitucional no podría desestimar el recurso interpuesto basándose simplemente en que la unión entre personas del mismo sexo no es equiparable constitucionalmente al matrimonio¹² ni en estereotipos o concepciones tradicionales sobre la familia. Solo ante la presentación de evidencias empíricas, fundadas en informes técnicos independientes, que demuestren riesgos para el desarrollo de los niños o niñas que ocasionaría su adopción por una pareja de personas del mismo sexo, podría declararse la constitucionalidad de una regulación como la señalada. En este supuesto el interés superior del niño, como finalidad imperiosa, justificaría una restricción al derecho a la igualdad, a la luz del principio de proporcionalidad. Los datos mencionados en el caso hipotético no permiten afirmar que esas evidencias hayan sido proporcionadas por las autoridades, por lo que el recurso de nulidad debería ser declarado con lugar.

V. Decisión

Se declararía con lugar el recurso de inconstitucionalidad, en virtud de la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación.

¹² Esta tesis de la Sala Constitucional se enfrentaría ahora, por otra parte, a lo establecido por la Corte Interamericana en la citada [Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017](#), sobre *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)*. Serie A N° 24, párr. 80 y ss.