

LA NOCIÓN DE “CATEGORÍA SOSPECHOSA” Y EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[The Notion of “Suspect Class” and the Right to Equality Before the Law in the
Jurisprudence of the Constitutional Court]

Andrea Rosario ÍÑIGUEZ MANSO*

RESUMEN

En este artículo se analiza la noción de “categoría sospechosa” como criterio de interpretación y aplicación del derecho a la igualdad ante la ley. Si bien esta fórmula ha sido desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Tribunal Constitucional chileno sólo ha sido utilizada para fundar las disidencias en los casos que se van a analizar.

PALABRAS CLAVE

“Categoría sospechosa” – Igualdad ante la ley – Escrutinio estricto.

ABSTRACT

This article analyses the notion of “suspect class” as a criterion for the interpretation and application of the right to equality before the law. Albeit the United States Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights have developed this method, the Chilean Constitutional Court has just used it to ground the discrepancies in the cases to be analysed.

KEYWORDS

“Suspect class” – Equality before the law – Strict scrutiny.

RECIBIDO el 9 de septiembre y ACEPTADO el 25 de noviembre de 2014

* Abogado, licenciada en derecho y magíster en derecho público por la Universidad de los Andes. Actualmente es doctoranda de la misma Universidad. Correo electrónico: rosarioini@vtr.net. La autora agradece las observaciones y sugerencias del profesor José Ignacio Martínez Estay, profesor de la Universidad de los Andes.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional chileno ha debido resolver en diversas ocasiones requerimientos, ya sea de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad, en los cuales se ha reclamado infringida la garantía de la igualdad ante la ley, reconocida en el artículo 19 N° 2 CPol. Generalmente, el Tribunal ha debido determinar en sus fallos si la ley es arbitraria, si las circunstancias iguales han sido tratadas de manera distinta, si la ley es racional conforme al fin perseguido, o si las medidas tomadas por ésta son proporcionales a los objetivos buscados¹.

Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional debió resolver sobre la inaplicabilidad del artículo 365 CP.², los votos disidentes fundaron su razonamiento en un criterio comparado denominado “categoría sospechosa”. Este es un concepto que ha sido recogido en diversos fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos, algunos de ellos bastante célebres, como es el caso “Loving v. Virginia”³.

Esta exposición tiene como objetivo intentar explicar el concepto de categoría sospechosa y su relación con los criterios interpretativos de la garantía de la igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 19 N° 2 CPol. Para lograrlo tendremos que abordar previamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en atención a que dicho concepto nació y se ha desarrollado bajo su alero. De esta forma se deberá determinar qué se entiende por categoría sospechosa, cuáles son sus supuestos y ámbitos de aplicación.

Asimismo, se revisará la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, el caso “Atala Riffó y niñas v. Chile”⁴ ya que fue la primera vez que esta Corte utilizó el criterio de la categoría sospechosa, y se determinará la forma en que la Corte entendió dicho criterio. Finalmente, se comentará la reciente sentencia recaída en la causa

¹ Con respecto a los distintos fallos dictados por el Tribunal Constitucional en materia de igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 CPol.) se recomienda consultar en: CARMONA SANTANDER, Carlos - NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 45, 2011), pp. 83-96.

² Tribunal Constitucional, causa rol 1683-2010, de 4 de enero de 2011.

³ 388 US. 1, Corte Suprema de Estados Unidos, de 12 de junio de 1967, en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&invol=1>. Fecha de visita: 18 de agosto de 2014.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.502, de 24 de febrero de 2012.

“Norín Catrimán y otros v. Chile”⁵ en la cual también se hace referencia a una categoría sospechosa.

II. LA NOCIÓN DE “CATEGORÍA SOSPECHOSA” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS⁶

El origen del concepto de categoría sospechosa se encuentra subsumido en la doctrina del “escrutinio estricto” elaborado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, para determinar si una regulación afectaba o no la igualdad ante la ley. El primer caso que da cuenta de esta doctrina lo encontramos en el fallo “United States v. Carolene Products Co”⁷. En él la recurrente reclamaba en contra de las regulaciones económicas impuestas en el contexto del “New Deal” y que se referían al comercio interestatal de la leche. En cuanto a nuestro tema de estudio, en el fallo se señaló que “no es necesario considerar ahora si la legislación que restringe los procesos políticos que ordinariamente se pueden esperar para llevar a la derogación de la legislación indeseada estará sujeta a un más elevado escrutinio judicial bajo las prohibiciones generales de la enmienda catorce que otros tipos de la mayoría de legislación”⁸.

Si bien la utilización del concepto de escrutinio estricto fue casi imperceptible en el caso antes indicado, esto cambiará algunos años más tarde en el caso “Toyosaburo Korematsu v. United States”⁹. Esta vez fue un ciudadano norteamericano de ascendencia japonesa quien reclamó en contra de una sentencia condenatoria dictada por una corte de distrito federal. El señor Korematsu había permanecido en San Leandro, California, que era un área militar en la cual, por decisión de Alto Mando militar de la zona oeste, las personas descendientes de japoneses no podían permanecer en ella.

La Corte Suprema destacó que “debe hacerse notar, para empezar, que toda restricción legal que disminuye los derechos civiles de un solo grupo racial son inmediatamente suspicaces. Esto no quiere decir que tales res-

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos 12.576, 12.611 y 12.61, 29 de mayo de 2014.

⁶ Se advierte al lector que las citas textuales de los fallos de las cortes de Estados Unidos utilizadas en este trabajo han sido traducidas por la autora.

⁷ 304 US 144, Corte Suprema de Estados Unidos, 25 de abril de 1938, en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=304&invol=144>. Fecha de visita: 18 de agosto de 2014.

⁸ Dicha expresión se utilizó como referencia en la nota 4 de la sentencia.

⁹ 323 US 214, Corte Suprema de Estados Unidos, de 18 de diciembre de 1944, en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=323&invol=214>. Fecha de visita: 18 de agosto de 2014.

tricciones son inconstitucionales. Lo que se quiere decir es que las cortes la deben someter al más estricto escrutinio”. Y si bien el reclamo del señor Korematsu fue rechazado, la Corte Suprema incluyó dentro de su razonamiento el concepto de “escrutinio estricto”¹⁰.

Con posterioridad, en la década de 1950 y 1960 el escrutinio estricto se utilizó para fundar diversos fallos que debían resolver sobre problemas de discriminación racial. En este trabajo haremos referencia a tres de ellos: “*Bolling v. Sharpe*”¹¹, “*Brown v. Board of Education of Topeka*”¹² y “*Loving v. Virginia*”.

En “*Bolling v. Sharpe*” se reclamaba en contra de la segregación en los colegios públicos del distrito escolar de Columbia, lo cual afectaba los derechos de los niños de color, que estaban asegurados en la quinta enmienda de la carta fundamental. La Corte Suprema acogió la demanda, y en cuanto al tema de la segregación declaró que “clasificaciones basadas sólo en la raza deben ser escrutadas con un cuidado particular porque son contraria a nuestras tradiciones y por lo tanto constitucionalmente sospechosas”.

En “*Brown v. Board of Education of Topeka*”, cuya sentencia fue dictada el mismo día que “*Bolling v. Sharpe*”, también se refiere a un caso de segregación racial en las escuelas públicas de Topeka, Kansas. Si bien la Corte Suprema no resolvió el caso fundándose directamente en el escrutinio

¹⁰ ABERNATHY, Charles F, *Law in the United States. Cases and Materials* (International Law Institute, 1995), p. 531, comentando este fallo, señala que la mayoría de los abogados norteamericanos calificaría el caso “*Korematsu*” como una situación en la cual se podría establecer una discriminación racial, fundada en los intereses de la nación relativos a la seguridad. Pero el autor cuestiona que se pueda calificar este caso como un asunto de seguridad nacional, toda vez que algunos historiadores piensan que se trató de una medida promovida por granjeros de California que tenía como objeto privar a los americanos descendientes de japoneses de sus tierras. De hecho, en la década de los 80, el Congreso promovió una ley en la cual se pedía una disculpa a los afectados y se otorgaba una compensación. Por otra parte, y a propósito de este caso, RING, Kevin, A, *Scalia Dissents: Writings of a Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice* (Regnery Publishing, 2004), p. 137, comentando el voto de minoría del juez de la Corte Suprema Scalia en el caso “*Stenberg v. Carhart*”, señala que “Scalia no hizo nada para ocultar su desdén por la opinión de la Corte, y la compara con dos de las decisiones que muchos estudiosos del derecho consideran las peores decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos: ‘*Korematsu v. United States*’ (1944) (...) y ‘*Dred Scott*’ (1856)”. La traducción es nuestra.

¹¹ 347 US 497, Corte Suprema de Estados Unidos, de 17 de mayo de 1954, en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=497>. Fecha de visita: 18 de agosto de 2014.

¹² 347 US 483, Corte Suprema de Estados Unidos, de 17 de mayo de 1954, en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=483>. Fecha de visita: 18 de agosto de 2014.

estricto, de todas maneras se hizo la siguiente pregunta con la consiguiente respuesta: “la segregación de niños en colegios públicos solamente basados en la raza, aún cuando las instalaciones y otros factores ‘tangibles’ puede que sean iguales, ¿priva a los niños de un grupo minoritario a igualdad de oportunidades en materia educacional? Nosotros creemos que sí”.

El caso “Brown v. Board of Education of Topeka”, marcó un hito en lo que se refiere a la discriminación en los colegios públicos en Estados Unidos. Pero de todas maneras y para efecto de este artículo, “Bolling v. Sharpe”, presenta sus particularidades propias, sobre todo porque hace expresa referencia al escrutinio estricto, el cual también fue llevado a cabo, aunque se manera implícita, en “Brown v. Board of Education of Topeka”.

Finalmente en “Loving v. Virginia” la Corte aplicó explícitamente el criterio de escrutinio estricto. El caso se relaciona con el matrimonio formado por Richard Loving, de raza blanca, quien en 1958 casó con Mildred Jeter, una mujer de color. Ambos eran residentes en Virginia, pero las leyes estatales no permitían que una persona blanca se casara con una de otra raza. En consecuencia, la pareja se casó en Washington D.C y luego volvieron a Virginia en donde fueron procesados por infracción a las leyes del Estado sobre matrimonios interraciales. En 1959 se les condenó a una pena de un año de cárcel, la cual se conmutó si los Loving se comprometían a no volver juntos a Virginia durante 25 años. El matrimonio se mudó a Washington D.C y en 1963 presentaron una demanda en contra de las leyes de Virginia que no les permitía casarse, por vulnerar la enmienda catorce de la *Constitución*. El Estado reclamó que el precepto legal tenía como fin “mantener la integridad racial de sus ciudadanos” y evitar “la corrupción de la sangre”. La Corte Suprema acogió el reclamo de los Loving y señaló que “la cláusula de igual protección demanda que las clasificaciones raciales especialmente en estatutos criminales, deben sujetarse al más ‘estricto escrutinio’”. Agrega que “no hay un propósito decisivo independiente de una odiosa discriminación racial que justifique esta clasificación. El hecho que Virginia prohíbe solo matrimonios interraciales que involucran a personas blancas demuestra que las clasificaciones raciales deben quedar en su propia justificación como una medida para mantener la supremacía blanca”.

La argumentación utilizada en el caso “Loving v. Virginia” ha causado bastante polémica en Estados Unidos, puesto que ha sido usada por algunos para justificar el matrimonio homosexual bajo las mismas premisas jurídicas que fundaron el fallo de “Loving v. Virginia”.

En el caso “Perry v. Schwarzenegger”, la Corte del Distrito Norte de California acogió el reclamo presentado por una pareja homosexual en contra de la proposición 8 que impide a los homosexuales casarse en dicho estado. En el fallo, el polémico juez Vaghin Walker sostiene que “el derecho

a casarse protege un derecho individual a la pareja marital sin importar su género”. Para fundar dicha apreciación, cita expresamente el caso “Loving v. Virginia” y agrega que “las restricciones raciales para parejas que querían contraer matrimonio eran comunes en la mayoría de los estados pero ahora son vistas como arcaicas, vergonzosas y hasta extrañas [...] Cuando la Corte Suprema invalidó las restricciones de raza en Loving, la definición del derecho a contraer matrimonio no cambió [...] la Corte reconoció que las restricciones de raza, a pesar de su prevalencia histórica, estaba absolutamente en contra de los conceptos de libertad y elección en el derecho inherente a contraer matrimonio”¹³.

Por el contrario, en el caso “Hernández v. Robles”, una pareja de homosexuales demandó al estado de Nueva York, ya que no podían contraer matrimonio en dicho estado. La Corte de Apelaciones resolvió en fecha 6 de julio de 2006, que la Constitución del Estado no permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo. En cuanto a la posible relación del caso con “Loving”, la Corte resolvió que ambos no eran comparables, ya que los antecedentes históricos de ambas prohibiciones (matrimonio interracial y matrimonio entre personas del mismo sexo) eran distintos. “El racismo ha sido reconocido por siglos –primero por ciertas personas, y luego por muchos más– como un abominable mal moral. Este país luchó una guerra civil para eliminar la peor manifestación del racismo, la esclavitud, y ha aprobado tres enmiendas constitucionales para eliminar esa maldición y sus vestigios. Loving fue parte de la revolución de los derechos civiles de la década de 1950 y 1960”. En cuanto a los homosexuales, reconoce que ha habido injusticias en su contra, “un mal que ha sido ampliamente reconocido solo en épocas recientes, y nuestra legislatura trató de enfrentarlo cuando aprobó cuatro años atrás el “Acta de no discriminación por orientación sexual” [...]. Pero la definición tradicional de matrimonio no es un mero producto de las injusticias históricas. Es una historia distinta. La idea de que el matrimonio entre personas del mismo sexo es posible es relativamente nueva. Hasta hace algunas décadas, era una verdad aceptada por casi todos los que vivían, en cualquier sociedad en la cual existe el matrimonio, que podría haber matrimonio solo si los participantes eran de distintos sexo. Una corte no puede concluir de manera liviana que todos los que tenían esa creencia eran irracionales, ignorantes o sectarios. No podemos concluir de esta forma”¹⁴.

¹³ 704 F Supp. 22d 921, United States District, Court of Northern District of California, de 4 de agosto de 2010, en: <https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/files/09cv2292-ORDER.pdf>. Fecha de visita: 18 de agosto de 2014.

¹⁴ 7NY3d 338, Court of Appeals of New York, de fecha 6 de julio de 2006, en: <http://caselaw.findlaw.com/ny-court-of-appeals/1479219.html>. Fecha de visita: 18 de agosto de 2014

III. LA NOCIÓN DE “CATEGORÍA SOSPECHOSA” EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. *Introducción.*

Es menester destacar que si bien el concepto de categoría sospechosa ha sido utilizado por la Corte Suprema de Estados Unidos desde hace décadas, recién aparece expresamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a propósito del caso “Atala Riffo y niñas v. Chile” y ha sido mencionado también en el reciente fallo referido al caso “Norín Catrimán y otros v. Chile”.

El hecho que en ambas causas nuestro país haya sido condenado nos lleva necesariamente a comentar dichos fallos. Pero antes de llevar a cabo esta reflexión, es necesario recordar que en virtud del artículo 5 inciso 2° CPol., la soberanía del estado se encuentra limitada por los derechos fundamentales que reconoce la *Constitución* y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y que se encuentren vigentes. A este respecto, Chile es parte de la *Convención interamericana de derechos humanos*, la cual establece en su artículo 2 que “*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones de esta Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos, las medidas legislativas o de otro carácter que fueron necesarios para hacer efectivos tales derechos y libertades*”. Además la *Convención* advierte en el artículo 68 N° 1 que “*Los Estados Partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes*”.

A esto se debe agregar que desde el fallo “Almonacid y otros v. Chile”¹⁵ la Corte Interamericana ha planteado que debe llevar a cabo un control de convencionalidad, concepto que ha ido configurándose en la jurisprudencia posterior al caso Almonacid. El control de convencionalidad consistiría en que los estados contratantes de la *Convención americana de derechos humanos* deben incorporar en su sistema jurídico no solo los preceptos de dicho tratado, sino también el contenido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte también estaría llamada a llevar a cabo un control de convencionalidad de la Convención.

Cabe preguntarse si el control de convencionalidad obligaría a entender que por el solo hecho de haberse mencionado la expresión “categoría sospechosa” en el fallo “Atala” y en “Norín Catrimán”, deberíamos entender que automáticamente se ha incorporado la categoría sospechosa en el derecho nacional. Al respecto pensamos que la respuesta debe ser negativa porque Chile está obligado a cumplir con aquellas disposiciones que expresamente

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.057, de 26 de septiembre de 2006.

han sido establecidas en la *Convención interamericana de derechos humanos*,¹⁶ y no aquellas categorías que al parecer han sido creadas por la Corte Interamericana en virtud de una determinada forma de entender la interpretación dinámica¹⁷ de un tratado internacional. En consecuencia, entendemos que la incorporación de nuevos criterios no pueden ser llevados a cabo por la vía jurisprudencial, sino que los contratantes deberían ser convocados para modificar la *Convención*¹⁸.

2. Caso “Atala Riffo y niñas v. Chile”.

El caso “Atala Riffo y niñas v. Chile”, tiene su origen en un juicio de tuición de las tres hijas del matrimonio López Atala, en el cual el demandante, Jaime López, solicita la tuición de sus hijas, que estaban a cargo de su esposa Karen Atala. Esto se debía a que ésta última había iniciado una convivencia con otra persona de su mismo sexo. El Tribunal de menores de Villarrica negó la petición de la demandante, sentencia que fue confirmada en segunda instancia por la Corte de Apelaciones de Temuco. Sin embargo, el padre de las menores interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema, la cual resolvió en fallo de fecha 31 de mayo de 2004¹⁹, entregar la tuición de las menores a su padre. Dicho tribunal que dictaminó que “*no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus*

¹⁶ Esto es lo que lo que nosotros calificamos como concepto restrictivo del control de convencionalidad. Véase: ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, *El control de convencionalidad en la Convención americana de derechos humanos y los tribunales chilenos: una tesis de aplicación restrictiva*, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos* (Santiago, Librotecnia, 2014).

¹⁷ Para entender el sentido y alcance de un concepto amplio de la interpretación dinámica se recomienda consultar MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención americana: teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003), p. 10. Con respecto al mismo tema, y en contra de lo planteado por la profesara Medina, véase: ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, *Los tratados internacionales sobre derechos humanos y el margen de apreciación*, en *Derecho Público Iberoamericano*, 3 (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2013), p. 86.

¹⁸ A este respecto, es interesante mencionar el voto disidente del juez Vio Grossi en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, el cual señaló que “a la Corte le corresponde interpretar y aplicar la Convención y no asumir la función que compete a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni a la función normativa que le corresponde a los Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención”. Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.361, de 28 de noviembre de 2012.

¹⁹ Corte Suprema, rol 1.193-03, de 31 de mayo de 2004.

derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadas del padre de éstas” (consid. 16°). Agrega la Corte que “aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendidas sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas” (consid. 17°).

La afectada interpuso una demanda en contra del Estado de Chile, la cual fue fallada a su favor por la Corte Interamericana. Si bien el fallo es extenso, solamente nos remitiremos a aquellos puntos que nos interesan para la presente exposición, es decir, los relacionados con la noción de categoría sospechosa. A este respecto, la Corte Interamericana señaló que *“la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido” (consid. 92°). A esto se debe agregar que en el caso de la “prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio” (consid. 125°).*

3. Caso “Norín Catrimán y otros v. Chile”.

En el presente caso, la demanda fue presentada por un grupo de personas condenadas en diferentes juicios, por su presunta infracción a la ley antiterrorista. Así, los demandantes Pichún Paillalao y Norín Catrimán fueron condenados por amenaza de incendio terrorista, por la aplicación del artículo 1 de la Ley N° 18.314 que establecía una presunción legal de infundir temor en la población²⁰. Por su parte, Juan Patricio Marileo, Florencio Marileo, José Benecio Huenchunao, Juan Ciriaco Millacheo y Patricia Troncoso fueron condenados como autores de delito de incendio terrorista. Finalmente, el demandante Víctor Ancalaf también fue condenado por infracción a la ley antiterrorista.

La Corte estableció en su fallo que el objeto de la litis era determinar si se habían vulnerado los siguientes derechos de los demandantes: derecho a

²⁰ Dicho artículo fue modificado por la Ley N° 20.467.

la legalidad en la aplicación de la ley antiterrorista, las normas del debido proceso y si había existido una “aplicación selectiva de legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo mapuche” y en definitiva, si no se estaba “criminalizando” los reclamos de la etnia mapuche (consid. 153°).

En cuanto a este último punto, la Corte estableció que no se había dado por establecido que la ley antiterrorista se aplicara de modo selectivo al pueblo mapuche (consid. 218°). Y en relación al término categoría sospechosa, éste es utilizado por la Corte cuando señala: “*Para establecer si una diferencia de trato de fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales*” (consid. 226!). A continuación la Corte lleva a cabo un análisis (consid. 227!) para concluir que “*considera que la sola utilización de estos razonamientos que denotan estereotipos y perjuicios en la fundamentación de las sentencias configuran una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento*” (consid. 228°).

IV. LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

La igualdad ante la ley está consagrada en el artículo 19 N° 2 CPol., especialmente en el inciso final, cuando dicho texto señala que “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”. Por lo tanto, si analizamos con atención dicha frase, nos encontramos que la autoridad y la ley efectivamente pueden llevar a cabo diferencias, siempre y cuando éstas no sean arbitrarias²¹. En definitiva, será necesario determinar en qué casos o bajo qué respectos estamos ante una discriminación arbitraria.

²¹ Con respecto al sentido y alcance del concepto de igualdad ante la ley, diversos autores han hecho presente que no se trata de una especie de “igualdad aritmética”. CUEVAS FARREN, Gustavo, *Lecciones de derechos constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Mayor 2003), I, p. 159, señala: “desde luego se trata de una simple igualdad jurídica que no pretende ni podría extenderse al campo de la vida social misma, en donde natural y lógicamente siempre subsistirán desigualdades reales provenientes de un mayor talento en las personas, del esfuerzo o del mérito de ellas y sin perjuicio de la tarea conjunta que la Sociedad y el Estado deban realizar para superar aquellas desigualdades injustas que radicadas en la extrema pobreza o en la falta de una adecuada educación, debilitan la cohesión social y el propio imperio de la ley”. ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, *Notas y comentarios sobre proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. Boletín 3815-07*, en *Ars Boni et Aequi. Revista Jurídica Universidad Bernardo O'Higgins*, 6 (2010), p. 233, sostiene en el mismo sentido que “no puede

Para poder analizar los fallos del Tribunal Constitucional, se debe hacer presente que la jurisprudencia de dicha magistratura en materia de igualdad ante la ley es abundante y rica en contenido. Por lo tanto, y solo para efecto de facilitar el estudio de ésta, nosotros hemos identificados tres métodos que, en nuestra opinión, han sido utilizados por el tribunal en materia de interpretación de la garantía de la igualdad ante la ley. Los mecanismos que se van a mencionar los hemos planteado para facilitar el estudio de la jurisprudencia de dicha Magistratura, pero en ningún caso significa que ellos hayan sido desarrollados de manera sistemática por el Tribunal.

1. *Método fundado en el sinónimo.*

Se entiende que la diferencia que la ley o la autoridad llevan a cabo es inconstitucional, cuando ésta es arbitraria, es decir, irracional, caprichosa, que no tiene fundamento. Si no fuera así, no habría inconstitucionalidad.

Así, en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la tabla de factores por de sexo y edad, conocido también como “causa Isapre”, el Tribunal Constitucional resolvió “que, *estando basada la estructura de la tabla de factores en criterios objetivos y de común y general acuerdo, la diferencia que ella importa en sí, por lo rangos de edad que establece, no puede*

entenderse que exista una igualdad matemática entre las personas, pues todos los seres humanos somos distintos y tenemos diferentes capacidades y aptitudes”. BRONFMAN VARGAS, Alan - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio - NÚÑEZ POBLETE, Manuel (coordinadores), *Constitución Política comentada* (Santiago, LegalPublishing, 2012), p. 9, indican que “la igualdad surge como una consecuencia del hecho de pertenecer todos a la especie humana. La igualdad es, por tanto, una cualidad derivada de la pertenencia a nuestra especie. Pero de ella se siguen consecuencias jurídicas, que se traducen en una facultad jurídica, a saber, el derecho a no ser discriminado ni tratado de manera diferente. No obstante, hay que precisar que ello no implica que no se pueda diferenciar, pues este derecho ampara y protege frente a las diferenciaciones arbitrarias, caprichosas, carentes de razonabilidad. En otros términos, la igualdad no impide establecer diferenciaciones, en la medida en que éstas sean razonables”. Finalmente, también se puede agregar la opinión de SILVA IRARRÁZABAL, Luis Alejandro, *La consulta en el juicio de hacienda y la garantía constitucional de la igualdad* en ARANCIBIA MATTAR, Jaime - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio - ROMERO SEGUEL, Alejandro (coordinadores), *Litigación pública* (Santiago, LegalPublishing, 2011), p. 504, sostiene que “La exigencia constitucional de la igualdad no significa, por su puesto, ignorar las diferencias que por justicia merecen ser tenidas en cuenta. Con una fórmula útil, aunque inevitablemente ambigua, la exigencia constitucional puede expresarse así: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Esto significa que el legislador en la formación de la ley y el juez en la sustanciación del proceso, debe considerar las diferencias relevantes desde la perspectiva de la justicia que puede haber entre los destinatarios de la ley o las partes de un juicio”.

ser calificada por esta Magistratura como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria” (consid. 52º)²².

En el caso en que se impugnó la norma de atribución a favor de la madre en el cuidado personal de los hijos, el Tribunal resolvió que “*efectivamente, la atribución del cuidado personal del menor a uno de los cónyuges cuando éstos se encuentran separados, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. La situación fáctica exige su protección inmediata, sin incertidumbre alguna, en tanto los padres formalizan algún acuerdo o recurren al tribunal competente*”²³ (consid. 14º).

Finalmente, podemos mencionar el caso en cual se reclama en contra de los topes que la ley impone a los montos a cancelar por concepto del permiso postnatal parental de los funcionarios públicos. El Tribunal resolvió que “*lo relevante, sin embargo, es que no se ha demostrado por quienes reprochan la constitucionalidad de la regla legal de asignación de ayuda económica que el criterio elegido por el legislador sea arbitrario, irracional o caprichoso*” (consid. 19º)²⁴.

2. Método fundado en las circunstancias.

El Tribunal Constitucional ha aplicado también desde sus primeros fallos, el criterio que puede denominarse “de las circunstancias”. Esto implica que la ley y la autoridad deben dar igual trato a aquellas personas que se encuentran en iguales circunstancias. O también, *a contrario sensu*, se debe dar un trato distinto a aquellos que se encuentran en situaciones distintas.

En definitiva, el método de las circunstancias exige especialmente que se deba analizar en el caso concreto si existe o no discriminación²⁵. Por lo tanto, en nuestra opinión este criterio no sería compatible con la fijación de categorías especiales demasiado rígidas en materia de discriminación²⁶.

Como se ha dicho anteriormente, desde la década de 1980 en adelante, el Tribunal Constitucional viene utilizando de manera sostenida el método de

²² Tribunal Constitucional, rol 976-07, de 8 de enero de 2008.

²³ Tribunal Constitucional, rol 2306-12, de 30 de mayo de 2013.

²⁴ Tribunal Constitucional, rol 2482-13, de 19 de junio de 2014.

²⁵ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago, ConoSur, 2001) p. 321, sostiene, a propósito de la discriminación arbitraria, que “*dado que no resulta posible establecer un modelo o esquema universalmente aplicable en todo juicio de igualdad, será el juez en cada caso concreto y a la luz de los argumentos esgrimidos por las partes, quién deberá resolver si el trato dispensado infringe o no la isonomía*”.

²⁶ Es por esto que nos parece poco adecuada la Ley N° 20.609: *Establece medidas contra la discriminación*, en cuanto establece categorías de discriminación. Especialmente nos preocupa la redacción, en términos amplios del artículo 2 inciso 1º, lo cual puede generar problemas en su aplicación práctica. Dichos problemas tratan de ser subsanados, al parecer, por los incisos 2º y 3º del mismo artículo 2º de la mencionada ley.

la circunstancia. Así, en el caso del control preventivo de la *Ley de votaciones populares y escrutinios*, y a propósito de las multas que el proyecto establecía por no concurrir a votar, el Tribunal determinó que “*de esta manera la igualdad ante la ley consiste en las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. ‘No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición [...]’ (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, tomo 4º, pág. 263)” (consid. 72º). “*Que el artículo 146 del proyecto, teniendo presente las consideraciones antes expuestas, vulnera el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental, por cuanto da trato igual a situaciones desiguales*”²⁷ (consid. 73º). El mismo criterio de acudir a la doctrina de Linares Quintana fue confirmado por el Tribunal Constitucional en el fallo sobre el proyecto de ley de reforma a los impuestos a la gasolina y tabaco (consid. 24º).²⁸*

Más adelante, en el requerimiento de inaplicabilidad contra el artículo 206 CC., el Tribunal sostuvo “*que al tenor de lo planteado es posible constatar, efectivamente, que el artículo 206 del Código Civil introduce una diferencia entre la misma categoría de personas, que corresponden a aquellas que reclaman el reconocimiento de su filiación. En efecto, la norma legal reprochada permite accionar contra los herederos del supuesto padre o madre para obtener ese reconocimiento sólo en dos casos: a) si el hijo es póstumo o b) si el padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto. En cambio, quienes también reclaman el reconocimiento de su filiación, pero no se encuentran dentro de los supuestos previstos en la norma cuestionada, carecen de acción para obtenerlo” (consid. 31º)*²⁹.

Finalmente, y en cuanto al precepto legal que impide la entrega de bonos por desempeño a funcionarios del poder judicial que se hubieren ausentado del trabajo por más de seis meses por haberse encontrado aquejado de una enfermedad catastrófica, el Tribunal señaló recientemente que la igualdad ante la ley “*garantiza que ella sea una misma para todas las personas afectas a sus disposiciones [...]. Asegura, además, que se trate igual a todos quienes se encuentren efectivamente en una misma condición y, por consiguiente, de manera diferente a aquellos que estén en situaciones diversas*” (consid. 9º)³⁰.

²⁷ Tribunal Constitucional, rol 53-88, de fecha 5 de abril de 1988.

²⁸ Tribunal Constitucional, rol 280-88, de fecha 20 de octubre de 1998.

²⁹ Rol 1340, Tribunal Constitucional, de fecha 30 de septiembre de 2009.

³⁰ Tribunal Constitucional, rol 2456-13, de fecha 4 de marzo de 2014.

3. Principio de razonabilidad, proporcionalidad³¹ y fin legítimo de la norma.

Un tercer criterio que se ha utilizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es el principio de proporcionalidad. Coincidimos con los profesores Arnold, Martínez y Zúñiga en cuanto a que “la Constitución chilena no contiene ninguna norma que consagre expresamente el principio de proporcionalidad”³². Sin embargo, como señala el profesor Nogueira, este principio “se deduce de manera implícita en las reglas del Estado de derecho [...], del artículo 19 N° 26 de la *Constitución* chilena en cuanto garantía frente al legislador que puede afectar el contenido esencial de los derechos”³³. Por lo demás, así lo ha confirmado la jurisprudencia de esta magistratura.

En el requerimiento inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 43 de *Ley de Quiebras*, el Tribunal hace presente cuáles serían los elementos que ayudan a determinar si la norma cumple con los requisitos de razonabilidad, proporcionalidad y fin legítimo de la norma. A este respecto, declaró que “*la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas la finalidad de la ley y los derechos afectados*” (consid. 17°)³⁴. Este mismo considerando será repetido de manera textual en el fallo “Gómez Montoya” (consid. 19°)³⁵, en cuya sentencia el Tribunal agregó “*que para un adecuado análisis del conflicto sub lite, debe examinarse si la norma impugnada es necesaria, o sea, si no hay otra manera, menos lesiva, de alcanzar el objetivo perseguido por el legislador*” (consid. 20°). En el mismo fallo, esta magistratura cuestiona la “idoneidad de la medida bajo el análisis en relación al fin perseguido por el legislador” (consid. 24°). En definitiva el Tribunal acogió el requerimiento de autos porque si bien el objetivo del precepto legal impugnado era evitar la presentación, por parte de los funcionarios, de licencias médicas fraudulentas, dicho objetivo se podía obtener por medio de otras vías establecidas por la ley. No parece tampoco un medio idóneo, ya que además se trata de

³¹ Con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se recomienda consultar en COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?* en *Estudios Constitucionales* 1 (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2014).

³² ARNOLD, Rainer - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio - ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Estudios Constitucionales*, 1 (Santiago, LegalPublishing, 2012), p. 87.

³³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Librotecnia, 2008), II, p. 246.

³⁴ Tribunal Constitucional, rol 1414-2009, de fecha 14 de septiembre de 2010.

³⁵ Tribunal Constitucional, rol 1801-2010, de fecha 12 de abril de 2011.

manera diferente a personas que están con permiso médico por causa de una enfermedad terminal respecto de aquellos que están con licencia médica, ya sea por razones de accidente laboral o permisos de maternidad. En definitiva, todos tienen derecho “*del goce de una licencia médica [...] independientemente de cuál sea la causa que la haya originado*” (consid. 24).

Finalmente, podemos señalar que en jurisprudencia más reciente el Tribunal ha seguido utilizando el principio de razonabilidad. Así, en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por falta de igualdad en materias de asignaciones familiares, se resolvió “*que habiéndose identificado la noción y objetivo de la asignación familiar, cabe evaluar si la diferencia en el trato entre el cónyuge hombre y la cónyuge mujer que consagra la norma legal impugnada tiene o no una justificación razonable, en atención, precisamente, a la finalidad de ésta*” (consid. 13°)³⁶.

V. LA NOCIÓN DE “CATEGORÍA SOSPECHOSA” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

La expresión “categoría sospechosa” no ha sido utilizado de manera expresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para determinar, en el caso concreto, si un precepto legal infringe la garantía de igualdad ante la ley. Sin embargo, hay fallos en los cuales los votos de minoría o disidentes han utilizado este término para fundamentar sus argumentos. Nuestro objetivo es analizar estos casos y hacer un breve comentario sobre ellos, sobre todo en relación al término categoría sospechosa.

1. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 CP.*³⁷

Este caso dice relación con la acusación presentada por el ministerio público en contra del requirente por la presunta comisión del delito tipificado en el artículo 365 CP., el cual señala que “*El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio*”.

En opinión de la parte requirente, dicho precepto ha vulnerado diversas garantías constitucionales, entre ellas la igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 19 N° 2 CPol., puesto que el hecho no sería punible en el caso que el sujeto activo del delito fuese una mujer o un menor de dieciocho años y

³⁶ Tribunal Constitucional, rol 2320-12, de 14 de agosto de 2013.

³⁷ Tribunal Constitucional, rol 1683-10, de 4 de enero de 2011.

mayor de catorce. El ilícito penal solamente establece una sanción cuando el sujeto activo es un hombre mayor de edad.

El tribunal rechazó el requerimiento de inaplicabilidad³⁸, y con respecto al derecho a la igualdad declaró que *“de acuerdo a lo que se expuso anteriormente, en el caso del artículo 365 del Código Penal el fin perseguido por el legislador fue la protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los menores de edad, entendida como la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial de quien, por las propias circunstancias de su madurez física y emocional, no está en plenas condiciones de comprender el alcance de sus actos, sino hasta llegar a una etapa adulta. De esta forma, por mucho que la relación aparezca como consentida –a diferencia de la violación sodomítica comprendida hoy en el tipo de violación–, el legislador ha entendido que dicho consentimiento prestado por un menor de 18 y mayor de 14 años de edad no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta, pues aquél no posee conciencia clara de los efectos, incluso físicos, que su conducta puede generar”* (consid. 28º).

Agrega que *“ante todo lo expuesto, forzoso es concluir que el precepto impugnado no contiene una discriminación arbitraria o carente de razonabilidad, ya que se fundamenta en los principios de interés superior del niño y de protección especial, contemplados en instrumentos de derecho internacional que son parte del ordenamiento jurídico chileno, en los términos del artículo 5 de la Constitución Política chilena, y que obligan a los órganos del Estado –entre ellos, el legislador– a su respeto y promoción. El legislador, en opinión de estos sentenciadores, ha obrado dentro de la órbita de sus potestades constitucionales al referir la protección del menor, en materia de autodeterminación e indemnidad sexual, a las relaciones sodomíticas en que juega un papel pasivo, por entender, razonablemente, que se trata de un tipo de relación lesiva de su dignidad como persona, afincada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual”* (consid. 31º).

En cuanto a la opinión de los ministros disidentes³⁹, éstos señalan que los preceptos penales *“deben someterse a un test más estricto de proporcionalidad, por la intensidad de la afectación que las misma provocan [...] en este sentido, para estos disidentes es importante lo que la doctrina penal nacional sostiene respecto de este delito. En efecto, ha acusado la existencia de una discriminación arbitraria desde al menos diez años”*.

Agregan que *“al momento de establecer diferencias en la ley es necesario tener en consideración las denominadas ‘categorías sospechosas’*. Ellas obligan a

³⁸ Con los votos concurrentes de la ministro Marisol Peña, y los ministros Fernández Fredes, Fernández Baeza, Bertelsen, Navarro y Aróstica.

³⁹ Ministros Viera-Gallo, Vodanovic y Carmona.

un análisis más riguroso y exigente del principio de igualdad, pues su presencia invierte la presunción de constitucionalidad de que en virtud del principio de deferencia al legislador goza todo precepto legal, ya que pueden afectar a grupos minoritarios especialmente vulnerables a un trato discriminatorio. Ello implica que la discriminación por sexo, una categoría paradigmática sospechosa, debe pasar un escrutinio estricto”.

Señalan que en el caso de marras, la “orientación sexual” constituye una categoría sospechosa y que la determinación de tal categoría también se vería influida porque “las denominadas ‘minorías sexuales’ han sido históricamente objeto de un trato discriminatorio e incluso vejatorio tanto por parte de los individuos como del Estado”.

2. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 CC.⁴⁰

En el presente caso, tres parejas del mismo sexo concurren al Registro Civil de Santiago. Dos de ellos pretendían legalizar su matrimonio celebrado en el extranjero y la tercera quería solicitar día y hora para poder contraer matrimonio civil. El oficial del Registro se negó a llevar a cabo dicha gestión, en el caso de las dos primeras parejas, porque la ley chilena impide legalizar matrimonios homosexuales contraídos en el extranjero conforme al artículo 80 de la Ley N° 19.947. En el caso de la tercera pareja, su unión se vería impedida por el artículo 102 CC. Los afectados recurren de protección y la Corte de Apelaciones de Santiago remite las antecedentes al Tribunal Constitucional, ante una supuesta inconstitucionalidad del artículo 102 CC.

El Tribunal rechazó el requerimiento⁴¹. Pero se debe advertir que en este caso no hubo un pronunciamiento sobre el fondo de la litis, toda vez que se resolvió que esta magistratura no tiene la facultad para pronunciarse sobre el artículo 102, ya que lo que se impugnaba era la institución matrimonial basada en la unión de un hombre y una mujer. Esta institución se encuentra regulada tanto en el *Código Civil* como en la Ley N° 19.947: *De matrimonio civil*, y por lo tanto estas materias no son “*de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad*” (consid. 9°). Por lo demás, el precepto legal impugnado es el artículo 102 CC. en virtud del artículo 80 de la Ley N° 19.947, precepto que no ha sido impugnado en autos, por lo tanto en su caso el requerimiento no sería decisivo litis (consid. 9°).

⁴⁰ Tribunal Constitucional, rol 1881-11, de fecha 3 de noviembre de 2011.

⁴¹ Los ministros que concurren a la decisión son los siguientes: Marisol Peña, Bertelsen, Navarro, Aróstica, Fernández, Carmona, García, Viera-Gallo y Venegas. La disidencia es del ministro Vodanovic.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la causa sobre inaplicabilidad tiene 4 grupos de votos particulares. Entre ellos, queremos destacar el voto de los ministros Carmona, Viera-Gallo, Fernández y García, quienes hacen un análisis de la relación entre el artículo 102 CC. y la garantía de la igualdad ante la ley. En este contexto sostienen que *“debe tenerse en consideración que las categorías ‘sexo’ y ‘orientación sexual’ corresponde a las denominadas categorías sospechosas de discriminación que inciden en el juicio de razonabilidad. Cuando se recurre a ellas, se invierte la presunción de constitucionalidad de que goza el legislador en virtud del principio de deferencia, ya que pueden afectar a personas integrantes de colectivos minoritarios más vulnerables en razón de una trayectoria de discriminación. Lo anterior exige un examen más estricto de razonabilidad”*.

En relación al voto disidente del ministro Vodanovic, si bien este no hace expresa a la categoría sospechosa, cabe destacar que en su voto disidente, al igual como lo hizo el juez Walker, hace una conexión entre la legalización del matrimonio homosexual con la de los matrimonios interraciales. *“Lo cierto es que el acceso de las parejas del mismo sexo a la institución matrimonial es una tendencia creciente en sociedades de alto desarrollo cultural, habiéndose consagrado ya en Bélgica, Holanda, Canadá, España y Argentina, y en diversos estados de Norteamérica, así como el Distrito Federal de México. Anteriormente, el Tribunal Supremo de EE.UU. sentó las bases para legitimar el matrimonio entre parejas del mismo sexo cuando en 1967 (en el caso “Loving v. Virginia”), anuló la prohibición de matrimonios interraciales, estimando el matrimonio como un derecho fundamental”*.

3. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 54 N° 4 de la nueva Ley de matrimonio civil⁴².

El artículo 54 de la Ley N° 19.947 establece las denominadas causales de divorcio vincular por culpa, es decir, cuando el divorcio es imputable a la responsabilidad de uno de los cónyuges. Una de estas causales es que alguno de ellos haya incurrido en conducta homosexual (N° 4).

En la gestión pendiente radicada en el Juzgado de Familia de Antofagasta, el requirente es demandado de divorcio por culpa. La cónyuge reclama que éste habría incurrido en conducta homosexual, la cual se habría llevado a cabo cuando aún vivía con la demandante. El cónyuge imputado de conducta homosexual presenta un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, alegando que dicha causal genera una discriminación por orientación

⁴²Tribunal Constitucional, rol 2435, de fecha 10 de abril de 2014. El requerimiento fue rechazado con los votos de los ministros Marisol Peña, Bertelsen, Aróstica, Romero, Fernández y Hernández.

sexual y que esta categoría se encontraría protegida por el artículo 2 inciso 1° de la *Ley que establece medidas contra la discriminación*. Agrega que la causal “conducta homosexual” podría ser subsumida en el artículo 54 N° 2 que señala como causal de divorcio por culpa la infidelidad conyugal.

El Tribunal rechazó el requerimiento, y en cuanto a la garantía reconocida en el artículo 19 N° 2 CPol. indica que *“tal afirmación, al sostener la existencia de una discriminación entre personas heterosexuales y homosexuales en la legislación sobre divorcio, resulta equivocada, pues, tal como se ha demostrado, la ley no considera como causal de divorcio culpable la mera inclinación o atractivo sexual hacia personas del mismo sexo, ni tampoco la que uno de los cónyuges tenga respecto de persona del otro sexo, sino, únicamente, las conductas, esto es, actuaciones, que uno de los cónyuges tenga con una persona que no sea su cónyuge y que suponga una infracción grave al deber de fidelidad, entre los cuales está, por cierto, el trato sexual, pero también las manifestaciones de afectos propios sólo entre cónyuges”* (consid. 16°).

El Tribunal concluye que no se establece como causal de divorcio por culpa *“la mera orientación afectiva hacia persona del otro o del mismo sexo, y únicamente considera transgresión grave al deber de fidelidad propio del matrimonio la conducta, o actos, de uno de los cónyuges con personas del otro o del mismo sexo, que implique contacto sexual o que, sin llegar a serlo, constituya la exteriorización de afectos propios del matrimonio por lo que no existiendo una diferenciación arbitraria, como la que se reprocha en el requerimiento, este debe ser rechazado”* (consid. 18°).

Los ministros disidentes sostienen que la *“prohibición de discriminación exige identificar los pasos metodológicos que nos expresan que nos encontramos frente a una diferencia arbitraria de aquella que nuestra ordenamiento constitucional estima interdictas. El primer paso es referirnos a la fuente de origen de la diferencia de tratamiento: 1. Orientación sexual como categoría sospechosa prohibida”*.

Los disidentes señalan que no hay claridad de por qué se estableció esta causal de divorcio por culpa. *“Por tanto, cuando se argumenta sobre un interés que implica una excesiva carga sobre un determinado grupo de personas sometidas a discriminaciones el legislador estará compelido a explicar la racionalidad del interés protegido. 14°. Que, en esa línea, parece claro que los dilemas que utilizan como criterio de clasificación al sexo como un ejercicio de distinción superior a la mera diferenciación de género, no pueden ser evaluados mediante un test básico de igualdad. Para ellos rige un escrutinio exigente, puesto que se utiliza un criterio que impone un significativo peso sobre grupos protegidos, como es el caso de los homosexuales, sujetos a históricas discriminaciones. Hay diferenciación sospechosa cuando se cierne sobre un grupo que históricamente ha tenido una penetrante discriminación en contra de su clase, cuando ha sido*

estigmatizado por efecto de la clasificación, cuando la clasificación está basada en un estatus inmutable o en condiciones que la persona no puede controlar o cuando la discriminación construye un efecto que aísla a los individuos sujetos de discriminación generando un debilitamiento de sus garantías en la protección de sus derechos civiles y fundamentales”.

En definitiva, las sentencias del Tribunal Constitucional antes señaladas nos demuestran que, si bien el concepto de categoría sospechosa cuenta con un apoyo importante de ministros del Tribunal Constitucional, de todas maneras cabe destacar que ésta no ha sido utilizado como fundamento resolutorio de los fallos dicha Magistratura y por lo tanto, no se ha logrado instalar como un argumento mayoritario en la jurisprudencia, en casos referidos a la garantía del artículo 19 N° 2 CPol.

VI. CONCLUSIONES

1° El concepto de categoría sospechosa tendría su origen en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos, a partir del desarrollo del criterio del “escrutinio estricto” de una ley, utilizado como método o mecanismo para determinar si se ha infringido el derecho a la igualdad ante la ley.

2° La noción de categoría sospechosa, en nuestra opinión, no sólo se ampara bajo el alero del término “escrutinio estricto”, sino que también un tribunal se estaría refiriendo a ella cuando fundamentos sus fallos en expresiones tales como la “discriminación histórica” que ha sufrido un grupo o un colectivo. En este sentido, estimamos que los fallos de la Corte Interamericana en “Atala” y “Corín Catrimán” habrían recogido este aspecto del concepto de categoría sospechosa.

3° El Tribunal Constitucional ha utilizado, en nuestra opinión, diversos criterios como mecanismo para determinar si hay o no infracción a la garantía de igualdad consagrada en el artículo 19 N° 2 CPol., y que nosotros, para efectos académicos y con el objeto de facilitar el estudio de la jurisprudencia del Tribunal, los hemos agrupado en tres métodos: falta de arbitrariedad, que se trate por igual las circunstancias similares y que no se infrinja el principio de razonabilidad, proporcionalidad y fin legítima de la norma.

4° Si bien el Tribunal Constitucional no ha utilizado la expresión “categoría sospechosa” como un mecanismo de interpretación del artículo 19 N° 2, se podría concluir de los fallos antes analizados, que este concepto, si bien no goza de una aceptación mayoritaria en el Tribunal, ha sido acogido por un número importante de ministros. Por lo tanto, no debería ser tratado como un tema baladí o anecdótico dentro de la doctrina constitucional chilena, ya que podría llegar a convertirse en algún momento, o en la resolución de un

caso concreto de inaplicabilidad o inconstitucionalidad, en el fundamento del voto de mayoría.

5° Nosotros observamos con un cierto escepticismo la noción de categoría sospechosa. Si bien reconocemos que hay grupos que han sufrido discriminación durante períodos históricos determinados, esto no los convierte en una especie de “grupo especial” en el sentido que los criterios para determinar la discriminación deban ser más estricto. Esto, porque en la práctica, dejaría a otros grupos en desventaja, e incluso puede provocar nuevas discriminaciones, que con el tiempo, se convertirían, a su vez, en “sospechosas”.

6° Los casos de discriminación, deben ser resueltos en el caso concreto, tomando en consideración todos los elementos aportados en la causa, para determinar si es arbitraria o no la diferencia que se hubiese llevado a cabo. Debería evitarse que cualquiera de las partes en juicio pueda encontrarse en una situación procesal de desmedro –ya sea que por disposición legal, doctrinaria o jurisprudencial– su contraparte formara parte de un grupo que ha sido calificado como categoría sospechosa.

7° En el fondo, y para terminar, lo que nos preocupa de la noción de categoría sospechosa, no solo es la injusticia que se pueda cometer en el caso concreto, sino que también hace responsable a las generaciones presentes de las discriminaciones –ya sea por sexo, edad, raza o conducta sexual– que se hayan cometido en pasado y de las cuales no tienen culpa o responsabilidad alguna.

BIBLIOGRAFÍA

- ABERTNATHY, Charles, *Law in the United States. Cases and Materials* (International Law Institute, 1995).
- ARNOLD, Rainer - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio - ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Estudios Constitucionales*, 1 (Santiago, LegalPublishing, 2012).
- BRONFMAN VARGAS, Alan - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio - NÚÑEZ POBLETE, Manuel (coordinadores), *Constitución Política comentada* (Santiago, LegalPublishing, 2012).
- CARMONA SANTANDER, Carlos - NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 45, 2011).
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *¿emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? en Estudios Constitucionales* 1 (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2014).
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Lecciones de derechos constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Mayor 2003), I.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago, ConoSur, 2001).

- ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario *Notas y comentarios sobre Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación. Boletín 3815-07*, en *Ars Boni et et Aequi. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins*, 6 (2010).
- ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, *El control de convencionalidad en la Convención americana de derechos humanos y los tribunales chilenos: una tesis de aplicación restrictiva*, en ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto (coordinador), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos* (Santiago, Librotecnia, 2014).
- ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, *Los tratados internacionales sobre derechos humanos y el margen de apreciación*, en *Derecho Público Iberoamericano*, 3 (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2013).
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención americana: teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Librotecnia, 2008), II.
- RING, Kevin A, *Scalia Dissents: Writings of a Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice* (Regnery Publishing, 2004).
- ROBINSON, Greg - ROBINSON Toni, *Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the origins of strict scrutiny*, en *Law and Contemporary Problems*, 68 (North Carolina, Duke University School of Law, 2005).
- SILVA IRARRÁZABAL, Luis Alejandro, *La consulta en el juicio de hacienda y la garantía constitucional de la igualdad*, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio - ROMERO SEGUEL, Alejandro (coordinadores) *Litigación pública* (Santiago, LegalPublishing, 2011).