

Quaderni di «Diritto delle successioni  
e della famiglia»

### Criteria di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati

I volumi della collana sono tutti sottoposti a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie ad una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del *Comitato di valutazione* e/o a *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinate del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità del *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Collana in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a séguito dell'adeguamento del volume, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Collana.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'autore a non pubblicarlo altrove integralmente o parzialmente senza il consenso dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

# Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori

Profili di diritto internazionale  
e di diritto comparato

*a cura di*

BERTA ESPERANZA HERNÁNDEZ-TRUYOL  
ROBERTO VIRZO



**Edizioni Scientifiche Italiane**

*Il volume viene realizzato con il contributo del Dipartimento DEMM dell'Università degli Studi del Sannio.*

HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza; VIRZO, Roberto (*a cura di*)  
Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori  
Profili di diritto internazionale e di diritto comparato  
Collana: Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia», 11  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016  
pp. 296; 24 cm  
ISBN 978-88-495-3278-4

---

© 2016 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

## INDICE

<i>Prefazione</i>	7
<i>Prefacio</i>	9

### SEZIONE I

#### La tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere del minore

MARCO SILVAGGI Aspetti psicologici nell'adolescente omosessuale	13
BERTA ESPERANZA HERNÁNDEZ-TRUYOL La juventud y las familias LGBTI como poblaciones vulnerables: mito y realidad de las protecciones legales	31
ANDREAS R. ZIEGLER, JULIE KUFFER Orientation sexuelle et identité de genre des mineurs en droit international	77
ROBERTO VIRZO La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e l'orientamento sessuale dei minori	107

### SEZIONE II

#### Omogenitorialità e tutela dei minori

DANIEL ANGELO BORRILLO Les structures élémentaires de l'homoparenté	133
--	-----

MARIA CHIARA VITUCCI

El *best interest of the child*, gran ausente en las decisiones del Tribunal europeo de los derechos humanos en materia de adopción 145

LUCA PALADINI

La familia homoparental en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos 171

GIULIA ROSSOLILLO

Superiore interesse del minore e continuità dello *status*: recenti sviluppi in materia di riconoscimento delle adozioni omoparentali in Italia 201

ROSANNA PANE

Unioni *Same-sex* e adozioni in casi particolari 221

NICOLA CIPRIANI

Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016 249

JONÁTAN CRUZ ÁNGELES

La doctrina del Tribunal europeo de derechos humanos y su influencia en la regulación brasileña de los nuevos modelos de familia 277

LUCA PALADINI\*

LA FAMILIA HOMOPARENTAL EN LA JURISPRUDENCIA  
DE LA CORTE INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 1. El caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* y su potencial. – 2. Los hechos del caso Riffo y el procedimiento ante la Comisión. – 3. La sentencia Riffo: la interpretación de la prohibición de la discriminación. – 4. *Sigue*. La noción de familia. – 5. *Sigue*. La investigación disciplinaria contra la jueza Riffo. – 6. *Sigue*. Las reparaciones y el cumplimiento de sentencia. – 7. La interpretación evolutiva de la CADH a través de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos... – 8...y la cuestión del «margen de apreciación». – 9. Evolución en materia de familias homoparentales en el sistema interamericano.

1. Dar cuenta que la evolución jurisprudencial habida en materia de familias homoparentales en el sistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1</sup> no significa que existe una amplia jurisprudencia, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>2</sup> se ha manifestado sobre el tema sólo en la sentencia *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* del 2012<sup>3</sup>.

Se trata más bien de señalar las novedades interpretativas que el caso conlleva en tema de prohibición de la discriminación y del concepto de familia, lo que lo convierten en un auténtico caso destacado en la protección de estas familias. Que el caso sea destacado lo demuestra en parte el hecho de que en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>4</sup> haya sido presentada una reclamación por parte

\* Profesor contratado de Derecho internacional de la Universidad para Extranjeros de Siena.

<sup>1</sup> En adelante, Convención o CADH.

<sup>2</sup> En adelante, Corte o Corte de San José.

<sup>3</sup> Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), en adelante «Sentencia Riffo».

<sup>4</sup> En adelante, Comisión. Se recuerda que en el sistema interamericano no se puede recurrir directamente ante la Corte. Las peticiones por violación de la CADH se presentan en la Comisión, que después de intentar la solución amis-

de otra familia homoparental, en la que recurriendo, entre otras, a la sentencia Riffo, fue denunciada la violación por parte de Chile de distintas disposiciones de la CADH y de otros tratados internacionales.

Por ello, intentaremos dar cuenta de las novedades interpretativas contenidas en la sentencia Riffo y de su potencial para la protección de las familias homoparentales y, como podremos ver, también para las personas LGBTI. Tendremos modo de detenernos en el método seguido por la Corte en la interpretación de la Convención desde una perspectiva evolutiva, recurriendo a los estándares de protección desarrollados en otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos para elevar el nivel de protección en el sistema interamericano, y de agregar algunas consideraciones sobre la cuestión del «margen de apreciación» relacionado. En definitiva, trataremos el caso pendiente ante la Comisión, poniendo en relieve de qué manera puede beneficiarse tanto del potencial de la sentencia Riffo, como de algunas indicaciones interpretativas contenidas en otros recientes casos internacionales.

2. El caso surgió a raíz de un procedimiento de tuición de tres menores, cuyo cuidado y custodia después de la separación de sus padres fue otorgada a la madre, la señora Karen Atala Riffo. La demandante había iniciado una convivencia *de facto* con sus hijas, con el hijo nacido de un matrimonio anterior y con su pareja. A consecuencia de ello, su ex marido y padre de las niñas reclamó la tuición de estas últimas. A partir de ese momento empezó un recorrido judicial que terminó en la Corte Suprema de Justicia de Chile, que otorgó la custodia definitiva de las hijas a su padre.

tosa de la controversia, puede remitir el caso a la Corte, que decide mediante sentencia motivada, definitiva e inapelable. Como doctrina, véase J. M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003, p. 1 ss.; D. RODRÍGUEZ-PINZON, *Basic Facts of the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System*, en G. ALFREDSSON, J. GRIMHEDEN, B.G. RAMCHARAN, A. DE ZAYAS (eds), *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Leiden-Boston, 2009, p. 619 ss.; C. MEDINA, *The American Convention on Human Rights. Crucial Rights and their Theory and Practice*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014.

Al mismo tiempo se había abierto una investigación disciplinaria contra la Señora Riffo, de profesión magistrada, por diversas faltas, entre ellas algunos episodios de uso de implementos y personal del Juzgado para asuntos de interés personal y un supuesto daño a la imagen del Poder Judicial, debido básicamente a la atención que la prensa había dedicado al asunto de la custodia de las menores.

En 2004, una vez agotados todos los medios internos para recurrir, la Señora Riffo denunció ante la Comisión la violación, por parte de Chile, de distintas normas de la CADH, entre ellas la prohibición de la discriminación fundada en la orientación sexual y la interferencia en la vida privada y familiar, así como, en relación a los derechos de las hijas, la violación de algunas normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

La Comisión inició el procedimiento de solución amistosa de la controversia<sup>5</sup> y a finales del año 2009 aprobó el informe con base en el artículo 50 CADH, mediante el cual se constataba la violación de las disposiciones invocadas por la demandante y dirigió recomendaciones al Estado para que adoptara algunas medidas encaminadas a eliminar la discriminación basada en la orientación sexual de la esfera pública, señalando además algunas medidas de reparación<sup>6</sup>.

Puesto que no se dio trámite a ninguna de las recomendaciones, en 2010 la Comisión acudió a la Corte para que pudiera determinar en su caso la responsabilidad internacional de Chile por violación del artículo 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), del artículo 17 (Protección a la Familia), del artículo 19 (Derechos del Niño), del artículo 24 (Igualdad ante la Ley) y del artículo 25 (Protección Judicial) en lo referente al artículo 1.1 CADH y a la obligación correspondiente a los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna, y de establecer las oportunas medidas de reparación del daño a favor de las víctimas<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Artículos 44-51 CADH.

<sup>6</sup> Informe n. 139/09, Caso 12.502, *Karen Atala e Hijas, Chile*, 18 de diciembre de 2009.

<sup>7</sup> Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Karen Atala e Hijas (Caso 12.502) c. el Estado de Chile*, 17 de septiembre de 2010, § 171.

El 24 de febrero de 2012 la Corte dictó una larga y argumentada sentencia, en la que se examinó tanto el procedimiento de tuición de las menores, como la investigación disciplinaria contra la jueza Riffo.

3. En primer lugar, en el marco del examen del procedimiento de tuición, la Corte señala que si bien las resoluciones de asignación de la custodia de las menores al padre estuviesen fundadas en el «mejor interés» y el «mejor bienestar» que el mismo les habría podido ofrecer, el elemento que determinó las decisiones nacionales resultó ser la orientación sexual de la madre como factor potencialmente perjudicial para las hijas.

«Potencialmente», al no existir ninguna prueba que apreciara que la orientación sexual de la Señora Riffo y la convivencia con una pareja del mismo sexo establecida por ella hubieran generado efectos negativos en la vida de los menores, por lo que el interés de las mismas no había sido verificado en relación con hechos concretos – según además lo recientemente remarcado por el Comité de los Derechos del Niño en el comentario sobre el principio del interés superior del niño<sup>8</sup> – sino en base a estereotipos y prejuicios que la Corte considera inadmisibles<sup>9</sup>. A mayor abundamiento, del expediente no emergía ninguna evidencia de perjuicios sufridos por las menores en su vida diaria, por ejemplo, en lo relativo a la presunta discriminación social o a la alegada confusión de roles que habrían podido padecer.

Los jueces consideran por tanto que los casos nacionales estaban presididos por un perfil discriminatorio basado en la orientación sexual y no fundamentado en el mejor interés de las menores, dando lugar a una violación del derecho de igualdad *ex* artículo 24 en acuerdo con la prohibición de la discriminación *ex* artículo 1.1. CADH, en perjuicio de la demandante<sup>10</sup>.

Pero esto no es todo, ya que consideran que la discriminación de la que fue objeto la madre, había repercutido en sus hijas, puesto que

<sup>8</sup> Observación general n. 14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14.

<sup>9</sup> Sentencia Riffo, § 109 ss.

<sup>10</sup> *Ibidem*, § 146.

en un juicio de tuición, siendo ambos padres heterosexuales, los jueces nacionales se hubieran fijado en las capacidades parentales y no en la orientación sexual de la madre y del padre<sup>11</sup>. Lo anterior se traduce por tanto en la violación, en perjuicio de las menores, de la prohibición de discriminación en relación al artículo 19 CADH sobre los derechos de la infancia<sup>12</sup>.

Con el propósito de determinar si hubo violación del derecho de igualdad en relación a la prohibición de discriminación, la Corte de San José interpreta extensivamente el artículo 1.1. CADH, en cuya redacción se enumeran algunos factores distintivos entre individuos (por ejemplo, el color, el idioma, etc.) pero no la orientación sexual. Sin embargo los jueces puntualizan que «la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual»<sup>13</sup>.

Para incluir la orientación sexual en el ámbito de aplicación del artículo 1.1 CADH, los jueces se fijan en la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional, en particular en la interpretación de disposiciones similares contenidas en otros tratados sobre los derechos humanos con alcance universal (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966) y regional (el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales – CEDH – de 1950)<sup>14</sup>, tanto para tomar prestada la noción de discriminación, como para afirmar que dicha norma es una «cláusula abierta» y que la expresión «cualquier otra condición social» incluye, según el principio de

<sup>11</sup> *Ibidem*, § 154 ss.

<sup>12</sup> Sobre la protección de los menores en la jurisprudencia interamericana, en relación también con el artículo 19 CADH, véase S. VANNUCCINI, *La protezione dei minori di età nella prassi della Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, en *La Comunità internazionale*, 2013, p. 109 ss.

<sup>13</sup> Sentencia Riffo, § 91.

<sup>14</sup> *Ibidem*, § 87 ss.

la norma más favorable al ser humano, la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida<sup>15</sup>.

Se trata de un desarrollo interpretativo de gran relevancia en el sistema interamericano, no sólo para las familias homoparentales sino en general para los individuos LGBTI, puesto que es la primera vez que la Corte interpreta la prohibición contenida en el artículo 1.1 CADH en relación con la orientación sexual, encauzándola hacia lo que ha sido definida una «new direction to the law in this area»<sup>16</sup>.

Por tanto, dicha interpretación podrá ser aplicada en los casos en que la orientación sexual haya sido la causa del irrazonable o inmotivado trato diferencial entre individuos. Nos estamos refiriendo sobre todo a la reclamación pendiente ante la Comisión, para la que se haya declarado su admisibilidad, pero aún pendiente del informe *ex artículo 50 CADH*<sup>17</sup>, y en mayor medida a dos casos que acaban de ser remitidos a la Corte, *Ángel Alberto Duque vs. Colombia* y *Homero Flor Freire vs. Ecuador*.

En el primer caso, la Comisión adopta la interpretación amplia de la prohibición de discriminación contenida en la sentencia Riffo como referencia para argumentar la violación del artículo 24 en acuerdo con los artículos 1.1 y 2 CADH en perjuicio del demandante, a quien se le había denegado la pensión de sobrevivencia por formar pareja con

<sup>15</sup> *Ibidem*, § 81 ss.

<sup>16</sup> O. AMAO, *Developments in the Inter-American Human Rights System 2011-12: Sexual Orientation, Gender Identity and Domestic Violence*, en *Int. Human Rights R.*, 2012, p. 156 s.

<sup>17</sup> Informe n. 71/99, Caso 11.656, *Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia*, 4 de mayo de 1999. En este caso, la señora Álvarez Giraldo presentó ante la Comisión una petición por la violación de los derechos consagrados en los artículos 5.1 y 2, 11.1 y 24 CADH, en referencia a la denegación de las autoridades penitenciarias de autorizar el ejercicio de su derecho a la visita íntima debido a su orientación sexual. La Comisión ha decidido declarar admisible el caso y continuar con el análisis del fondo de la cuestión, incluyendo el alcance y contenido del artículo 11.2 CADH. Sobre el caso, véase C. FIGUEIREDO TEZEZO, *Derechos Humanos y Diversidad sexual en el Sistema Interamericano de protección de los derechos Humanos*, en J.F. BELTRÃO, J.C. MONTEIRO DE BRITO FILHO, I. GÓMEZ, E. PAJARES, F. PAREDES, Y. ZÚÑIGA (coordinadores), *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, DHES – Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, p. 385 ss.

una persona del mismo sexo. De hecho en el correspondiente informe, se recuerda que «La Corte ha señalado que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo, razón por la cual, la expresión «cualquier otra condición social» del artículo 1.1 de la Convención Americana debe ser interpretada en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. En ese sentido, los órganos del sistema interamericano han concluido que la orientación sexual constituye una categoría protegida por la CADH»<sup>18</sup>.

En el segundo caso, y de acuerdo con la misma interpretación de prohibición de la discriminación, la Comisión declara la responsabilidad internacional de Ecuador por la violación del artículo 24 en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 CADH, por el despido de Homero Flor Freire, Oficial de Policía, en virtud de la presunta comisión de una falta disciplinaria de «mala conducta profesional», basado en el testimonio de varias personas que alegaron haberle visto mantener una conducta homosexual en los dormitorios de un fuerte militar<sup>19</sup>.

Por último, el caso Riffo tiene de otro potencial, con respecto a las discriminaciones en general, que consiste en la posibilidad de am-

<sup>18</sup> Informe n. 5/17, Caso 12.841, *Ángel Alberto Duque, Colombia*, 2 de abril de 2014 (en adelante «Informe Duque»), § 64 ss. La Comisión no deja de recordar que «en dos casos cuyas circunstancias resultan similares al presente, el Comité de Derechos Humanos determinó violaciones al principio de igualdad y no discriminación» (§ 69) en referencia a las decisiones en *X vs. Colombia*, Comunicación n. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo de 2007 y *Young vs. Australia*, Comunicación n. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, § 10.4. En particular, en el caso *X vs. Colombia* el demandante, *partner* de una pareja del mismo sexo, ha obtenido la pensión de sobrevivencia en ejecución de la resolución adoptada por el citado Comité de Derechos Humanos. Sobre los dos casos, nos permitimos la remisión a L. PALADINI, *Same-Sex couples before Quasi-Jurisdictional Bodies: The Case of the UN Human Rights Committee*, en D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (eds), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin-The Hague, 2014, p. 548 ss.

<sup>19</sup> Informe n. 81/13, Caso 12.743, *Homero Flor Freire, Colombia*, 2 de noviembre de 2013 (en adelante «Informe Flor Freire»), § 120 ss.

pliar aún más las categorías prohibidas de distinción entre individuos con relación al listado que figura en el artículo 1.1 CADH. Este desarrollo está confirmado por la reciente sentencia *Norín Catrimán y Otros vs. Chile*, en la cual la Corte, que se remite expresamente a la sentencia Riffo, pone en relieve el carácter abierto del término «otra condición social», aplicando otra interpretación amplia del artículo 1.1 CADH, esta vez en relación con el origen étnico como criterio prohibido de discriminación<sup>20</sup>.

4. El otro desarrollo interpretativo relevante contenido en la sentencia Riffo se refiere al concepto de familia, que adquiere importancia en el ámbito del examen del procedimiento de tuición, tanto en lo que se refiere a la constatación de la violación de la prohibición de discriminación, como a la violación del derecho a la vida privada y familiar de la demandante y de sus hijas.

En cuanto al perfil discriminatorio, mientras la Corte Suprema de Justicia de Chile sostenía que era interés de las menores vivir en una «familia normal y tradicional» como mejor ambiente de vida para su bienestar, la Corte de San José afirma que la CADH no define un concepto cerrado de familia, ni protege sólo el modelo tradicional, y que la noción de vida familiar no se limita al matrimonio, sino que incluye las uniones *de facto*, en las que los individuos conviven fuera del vínculo matrimonial. Por tanto las decisiones de conceder la custodia de las hijas al padre, basadas en la necesidad de realizar el mejor interés de las menores, estaban basadas en un estereotipo familiar discriminatorio, basado en la orientación sexual, que los jueces consideran inaceptable.

La Corte pone de manifiesto además que en el procedimiento de tuición se enfocó en diversos elementos de la vida privada (sobre todo sexual) y familiar (la convivencia con una pareja del mismo sexo) de la Señora Riffo, que no tienen relación con la capacidad parental y por tanto no eran necesarios para decidir sobre la custodia de las menores.

En particular, con respecto a la vida privada, los jueces conside-

<sup>20</sup> Caso *Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), § 202.

ran que se trata de injerencias injustificadas y desproporcionadas, que no cumplen con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad establecidos desde el caso *Tristán Donoso vs. Panamá* de 2009<sup>21</sup>, dando lugar por tanto a la violación por parte de Chile del artículo 11.2 en concordancia con el artículo 1.1 CADH.

En lo relativo a la vida familiar, los jueces vuelven al concepto de familia y recordando la jurisprudencia de Estrasburgo<sup>22</sup>, reconocen que, habida cuenta de los vínculos establecidos entre las mujeres y sus hijos, la convivencia emprendida por la Señora Riffo es un núcleo familiar protegido por los artículos 11 y 17 CADH. Por tanto las decisiones de los tribunales chilenos, aunque formalmente estaban basados en el mejor interés de las menores, determinaron la separación de esta familia, operando una indebida interferencia en perjuicio de la Señora Riffo y de sus hijas, siendo estas últimas afectadas también en lo relativo a los derechos de la infancia incluidos en el artículo 19 CADH.

Se trata de conclusiones interesantes, ya que dan cuenta del equilibrio operado por los jueces entre la injerencia en la vida privada y familiar y el principio del mejor interés para el menor, allí donde entre los dos elementos en juego no existe ningún vínculo de necesidad y la injerencia por parte del Estado demandado toma carácter arbitrario.

Es más, en el ámbito del argumento del mejor interés, los jueces observan que la Corte Suprema de Justicia de Chile no ha explicado en qué medida ha tenido en cuenta la opinión de las menores, ya que su decisión, si bien estaba basada en su mejor interés, chocaba con el deseo expreso de las chicas de seguir viviendo con su madre. Por tanto, para la Corte resulta vulnerado también el derecho a ser

<sup>21</sup> Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costos), § 56: «El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática».

<sup>22</sup> Sentencia Riffo, § 174.

escuchado que es protegido por el artículo 8.1 en relación con los artículos 1.1. y 19 CADH<sup>23</sup>.

Respecto al concepto de familia, nos encontramos asimismo ante un desarrollo interpretativo relevante en el sistema CADH, ya que la amplia noción de familia bien puede incluir las convivencias con parejas del mismo sexo, incluso sin hijos, de forma similar a lo establecido por la Corte de Estrasburgo en su jurisprudencia (en particular, el caso *Schalk and Kopf v. Austria* de 2010)<sup>24</sup>, puntualmente mencionada en la sentencia Riffo<sup>25</sup>.

Este último perfil además fue ya puesto de manifiesto en el caso *Duque*, donde la lamentada violación de la prohibición de discriminación también apunta al concepto de familia acogido por la Corte de San José. De hecho,

«la Comisión advierte que las razones esgrimidas por las autoridades administrativas y judiciales para excluir a la presunta víctima del derecho a la pensión de sobrevivencia obedecieron a la necesidad de «proteger la familia». Como primer acercamiento, la Comisión considera que dicho fin puede, en abstracto, constituir un fin legí-

<sup>23</sup> *Ibidem*, § 208. A nivel universal el derecho del menor a ser escuchado en la adopción de decisiones que le conciernen está protegido por el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, para cuyo comentario se remite al Comité de los derechos del niño, Observación general n. 12 (2009) *El derecho del niño a ser escuchado*, 20 de julio de 2009, CRC/C/GC/12.

<sup>24</sup> Case of *Schalk and Kopf v. Austria* (Application no. 30141/04), Judgment, Strasbourg, 24 June 2010. Para profundizar sobre este caso, véase P. JOHNSON, *Homosexuality and the European Court of Human rights*, Abingdon, 2013; P. PUSTORINO, *Same-Sex Couples Before the ECtHR: The Right to Marriage*, en D. GALLO, L. PALADINI y P. PUSTORINO (eds), *o.c.*, p. 399 ss.; J. M. SCHERPE, *The Legal Recognition of Same-sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, en *The Equal Rights Rev.*, Vol. 10, 2013, p. 83 ss.; K. WAALDIJK, *Same-sex Partnership, International Protection*, en *MPEPIL*, 2011, en [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com); H. LOVEDAY, *A Marriage by any other Name? Schalk and Kopf v. Austria*, en *Human Rights L. Rev.*, 2011, 11(1), p. 170 ss.; en cuanto a los comentarios *on line* inmediatamente sucesivos a la sentencia, véase M. MILANOVIC, *No Right to sSme-sex marriage under the ECHR*, 24 June 2010, en [www.ejil.org](http://www.ejil.org); L. PERONI, *Gay Marriage: Unlocking the Door but Keeping it Closed?*, 25 June 2010, en [www.strasbourgobservers.com](http://www.strasbourgobservers.com).

<sup>25</sup> Sentencia Riffo, § 142 ss. y § 172 ss.

timo que el Estado puede acertar al momento de restringir derechos. Sin embargo, al analizar el requisito de la idoneidad del medio empleado, la Comisión advierte que el razonamiento esgrimido por las autoridades administrativas y judiciales puede operar tan sólo sobre la base de un concepto limitado y estereotipado del concepto de familia, que excluye arbitrariamente las formas diversas de familia como aquellas formadas por parejas del mismo sexo, las cuales merecen igual protección bajo la Convención Americana. En efecto, la Corte Interamericana ha establecido que «en la Convención no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo «tradicional» de la misma»<sup>26</sup>.

5. La segunda parte de la sentencia se refiere a la investigación disciplinaria que se abrió contra la jueza Riffo y que se cerró sin ninguna sanción a cargo de la demandante.

En concreto, la Corte señala que el procedimiento se fundamentaba no sólo en cargos de índole profesional, sino también en la orientación sexual de la jueza Riffo, y en su consideración como un posible daño a la imagen del poder judicial chileno, pero del que no existía ninguna prueba. Vuelven por tanto a asomar los perfiles discriminatorios puestos de manifiesto en el transcurso del procedimiento de tuición, esta vez referidos a la capacidad profesional de la demandante, que llevan a la Corte de San José a la conclusión de una nueva violación de la prohibición de la discriminación<sup>27</sup>.

Del mismo modo, los jueces constatan la violación del derecho a la vida privada, allí donde en el curso de la investigación disciplinaria se había investigado arbitrariamente sobre la orientación sexual de la jueza Riffo – por ejemplo, a los funcionarios del Juzgado de Villarrica les fue entregado un cuestionario con preguntas para indagar sobre la orientación sexual de la demandante, hecho que nunca fue desmentido por Chile<sup>28</sup> – habiéndose también por ello incurrido en la violación del artículo 11.2 en concordancia con el artículo 1.1 CADH.

La Corte constata además la violación del artículo 8 en concor-

<sup>26</sup> Informe Duque, § 77 s.

<sup>27</sup> Sentencia Riffo, § 222.

<sup>28</sup> *Ibidem*, § 228.

dancia con el artículo 1.1 CADH en lo relativo a las garantías judiciales relacionadas con la investigación disciplinaria, ya que se había llevado a cabo contra la jueza Riffo de forma no objetiva. De hecho, «teniendo en cuenta todos los hechos reseñados anteriormente, la Corte considera que existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. En consecuencia, la Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria, por lo que el Estado vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo»<sup>29</sup>.

6. La sentencia establece una serie de reparaciones, en primer lugar la propia sentencia que, según afirma la Corte de San José, atendiendo a su propia jurisprudencia y a la jurisprudencia internacional, constituye una reparación *per se*<sup>30</sup> en forma de satisfacción<sup>31</sup>.

Entre éstas no figura la *restitutio in integrum*, ya que se trataría de restablecer la situación anterior, por tanto de entrar a considerar el fondo del procedimiento de tuición de las menores, mientras que los jueces no lo consideran de su competencia, puesto que «la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, en razón de lo cual no desempeña funciones de tribunal de «cuarta instancia». De acuerdo con lo anterior, no corresponde a este Tribunal determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas ni valorar prueba con ese fin específico, pues ello se encuentra fuera del objeto del presente

<sup>29</sup> *Ibidem*, § 237.

<sup>30</sup> *Ibidem*, § 246. Sobre la jurisprudencia internacional, véase International Court of Justice, *The Corfu Channel Case (Merits)*, judgement of April 9<sup>th</sup>, 1949, p. 35.

<sup>31</sup> Véase E. WYLER, A. PAPAUX, *The Different Forms of Reparations: Satisfaction*, en J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, p. 631 ss.

caso, cuyo propósito es definir si las autoridades judiciales han afectado o no obligaciones estipuladas en la Convención. Asimismo, y en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte no es competente para resolver respecto a la custodia de las tres niñas M., V. y R., por cuanto esto es materia del derecho interno chileno. De manera que la tuición actual de las menores de edad no es materia del presente caso»<sup>32</sup>.

Por tanto, en atención a los hechos y a las distintas violaciones de la CADH<sup>33</sup>, la Corte de San José establece una serie de reparaciones equivalentes, entre ellas medidas de reparación de los daños sufridos (asistencia médica y psicológica a las víctimas con cargo al Estado), medidas de satisfacción (por ejemplo, la publicación de la sentencia; un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; aplicación de garantías de no repetición) así como indemnización compensatoria por daños materiales e inmateriales sufridos por las víctimas.

Con respecto a las garantías de no repetición, adquiere particular importancia el «control de convencionalidad», mencionado en relación a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual<sup>34</sup>.

Se trata – según ha afirmado la propia Corte – de una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional,<sup>35</sup> sobre cuya base las autoridades internas de los Estados partes, incluso las jurisdiccionales, tienen el deber de comprobar *ex officio* la compatibilidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención en su interpretación viva<sup>36</sup>. Por tanto, además de re-

<sup>32</sup> Sentencia Riffo, §§ 65 y 66 en relación al § 241.

<sup>33</sup> *Ibidem*, § 241. Como doctrina, véase R. RIVIER, *Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: Inter-American Mechanisms*, en J. CRAWFORD, A. PELLET Y S. OLLESON (eds), *o.c.*, p. 749.

<sup>34</sup> *Ibidem*, §§ 282 y 284.

<sup>35</sup> Caso *Gelman vs. Uruguay*, Resolución de 20 de marzo de 2013 (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia), §§ 65 y 68, a continuación «Resolución Gelman».

<sup>36</sup> Caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), § 124. Como doctrina, véase C. LAGOS TSCHORNE, *El «control de convencionalidad» en la sentencia del caso «Atala Riffo y Niñas vs. Chile»*, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2012, p. 6 ss.; C. STEINER y P. URIBE,

alizer un ajuste constante del derecho interno al derecho convencional, este control *ex ante* permite evitar que se adopten decisiones nacionales que lo contradigan, previniendo de esta manera las violaciones del derecho internacional convencional.

Pues bien, al reclamar el «control de convencionalidad», la Corte llama la atención sobre el potencial que la carga interpretativa de la sentencia Riffo puede expresar en relación con los ordenamientos jurídicos de los Estados partes<sup>37</sup>, ya que a la hora de tratar o decidir sobre los casos que se les hayan sometido, en lo relativo a la temática LGBTI, las autoridades internas deberán interpretar la normativa nacional teniendo en cuenta la exégesis del artículo 1.1 en relación al derecho a la igualdad *ex artículo 24 CADH*<sup>38</sup>. Una primera confirmación la encontramos en el informe sobre el caso antes mencionado *Homero Flor Freire vs. Ecuador*, en el que la Comisión «desea destacar que en reiteradas ocasiones desde el año 2006 la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la obligación de ejercer de oficio el llamado «control de convencionalidad» entre las normas internas

*Introducción general*, en C. STEINER y P. URIBE (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014, p. 13 ss. y E. FERRER MAC-GREGOR y C. M. PELAYO MÖLLER, *Artículo 1. Obligación de respetar los derechos*, *ivi*, 2014, p. 64 ss.

<sup>37</sup> Si bien la sentencia Riffo se refiere a Chile y vincula al Estado demandado (artículo 68 CADH), las sentencias de la Corte también producen efectos vinculantes para todos los Estados signatarios de la Convención (vinculación indirecta *erga omnes*). Véase Resolución Gelman, § 69 y comentario de J. C. HITTERS, *Un avance en el control de convencionalidad. (el efecto `erga omnes` de las sentencias de la Corte Interamericana)*, en *Revista de direito internacional dos Direitos Humanos*, I, 2013, p. 100 ss.

<sup>38</sup> Si bien el artículo 1.1. y el artículo 24 CADH son de contenido y alcance diferentes – aquél es una cláusula subordinada de igualdad y éste es una cláusula autónoma de igualdad – hay que leer ambas disposiciones de forma coordinada. De hecho, como recuerda la Comisión, «el artículo 1.1 de la Convención Americana ha sido utilizado para interpretar la palabra «discriminación» contenida en el artículo 24 del mismo instrumento» (Informe Duque, § 64). Como doctrina, sobre dichos aspectos, véase E. FERRER MAC-GREGOR y C. M. PELAYO MÖLLER, *o.c.*, p. 59 s. y R. UPRIMNY YEPES, L. M. SÁNCHEZ DUQUE, *Artículo 24. Igualdad ante la ley*, en C. STEINER, P. URIBE (editores), *o.c.*, p. 582 ss. y 601 ss.

y la Convención Americana» añadiendo que «en el presente caso los tribunales internos faltaron a su obligación de adecuar las normas internas a la Convención Americana, en particular en relación con el derecho de igualdad ante la ley, cuando examinaron la normativa interna relacionada con la sanción de actos de homosexualismo en la Fuerza Terrestre ecuatoriana»<sup>39</sup>.

En nuestra opinión, se podría decir lo mismo para la noción abierta de familia aceptada por la Corte, que debería someterse a adecuada consideración en sede nacional en el caso en que ante las autoridades internas tome relevancia la protección de los pertinentes derechos protegidos también por la CADH, como por ejemplo al derecho a la vida familiar.

Según se desprende de la primera supervisión del cumplimiento de la sentencia, Chile ejecutó sólo parte de las reparaciones establecidas en la sentencia Riffo, motivo por el cual la Corte mantuvo abierto el procedimiento de supervisión, requiriendo al Estado la presentación de un informe adicional sobre las reparaciones incumplidas<sup>40</sup>.

7. A la sentencia Riffo, la doctrina – no sólo la latinoamericana – está dedicando mucho interés, no sólo porque representa un auténtico caso destacado en temáticas LGBTI, sino también por el método hermenéutico utilizado para interpretar la CADH.

No tanto por haber sido interpretada desde el punto de vista evolutivo, ya que al igual que otros tratados sobre derechos humanos, la Convención es un instrumento jurídico viviente. Sus disposiciones han de ser interpretadas de forma favorable a la persona y teniendo en cuenta las transformaciones sociales y culturales y la evolución (también jurisprudencial) del derecho internacional y comparado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 CADH sobre las normas de interpretación y de los criterios *ex* artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969<sup>41</sup>. De

<sup>39</sup> Informe Flor Freire, § 126 ss.

<sup>40</sup> Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia)*, resolución de la Corte, 26 de noviembre de 2013.

<sup>41</sup> Sentencia Riffo, §§ 83 y 91. Véase también Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Repara-

hecho, «según ha recordado recientemente la Corte, es fundamental tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, los cuales crean un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones hacia los individuos bajo su jurisdicción y cuyas violaciones pueden ser reclamadas por éstos y por la comunidad de Estados Partes de la Convención a través de la acción de la Comisión e incluso ante la Corte, todo lo cual tiene como efecto que la interpretación de las normas deba desarrollarse también a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el «mejor ángulo» para la protección de la persona»<sup>42</sup>.

Tampoco es un caso destacado por sus frecuentes llamadas a la praxis internacional, ya que, como es notorio, los tribunales internacionales se influyen mutuamente (el denominado *cross-fertilization*) y, por lo que se refiere a la Corte de San José, es indudable que su jurisprudencia siempre ha sido influenciada por las decisiones de otros sistemas de protección de los derechos fundamentales<sup>43</sup>. Se refiere sobre todo a la Corte de Estrasburgo<sup>44</sup> y a los comités que integran el Sistema universal de protección de derechos humanos, como por ejem-

ciones), § 161. Como doctrina, C. MEDINA, *o.c.*, p. 5 ss. e ID, *The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation?*, en D. SHELTON (ed.), *International Human Rights Law*, Oxford, p. 661 ss. Sobre la interpretación de los tratados sobre los derechos humanos en general, véase M. FITZMAURICE, *Interpretation of Human Rights Treaties*, *ivi*, p. 739 ss.

<sup>42</sup> Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, § 53.

<sup>43</sup> Véase L. HENNEBEL, *Les Références Croisées Entre Les Juridictions Internationales Des Droits De L'Homme*, en P. MARTENS, L. HENNEBEL, J. ALLARD, M. DELMAS-MARTY (ed.), *Le dialogue des Juges – Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 16 ss.; T. GROPPPI, A. M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*, en *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 19, 25 settembre 2013, en [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); R. SÁNCHEZ CORREA, *La protección de la familia en el espacio europeo. Estándares básicos. Proyecciones al ámbito interamericano*, en *Revista Institucional de la Defensa pública de la Ciudad autónoma de Buenos Aires*, 2013, p. 103 ss.

<sup>44</sup> Por ejemplo, en tema de proceso equitativo, según observan T. GROPPPI, A. M. LECIS COCCO-ORTU, *o.c.*, p. 30 ss.

plo el Comité de Derechos Humanos<sup>45</sup> o el Comité de los derechos del niño<sup>46</sup>.

El aspecto que habría que poner de relieve es que dichas menciones constituyen la referencia principal para fundamentar la interpretación *pro homine* de la Convención, que tiene lugar por tanto según el estado del arte del derecho internacional y comparado en el momento en que se decide el caso. Por ejemplo, y sin salir del caso Riffo, al objeto de incluir la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 CADH, la Corte acude no sólo a las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, sino también a la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo y a la praxis de algunos comités del sistema de Derechos Humanos de la ONU, entre ellos el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>47</sup>.

Este *modus interpretandi* ha sido objeto de críticas, ya que ha sido acusado de imponer un *consensus* inexistente<sup>48</sup>, por tanto de favorecer adquisiciones jurisprudenciales débiles en el plano de la puesta en común entre los Estados partes; a diferencia de la Corte de Estrasburgo, que se inspira más bien en las tradiciones jurídicas de los Estados partes<sup>49</sup>. Pero también han habido consensos, ya que se ha dicho que ese método hermenéutico demuestra que la praxis internacional, en coordinación con la regional y la constitucional, puede ofrecer un marco normativo eficaz para la protección de los derechos humanos<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> L. HENNEBEL, *o.c.*, p. 22 ss.

<sup>46</sup> Por ejemplo, en la reciente Opinión Consultiva OC-21/14 (nota al pie 42), *passim*.

<sup>47</sup> Sentencia Riffo, § 83 ss.

<sup>48</sup> Ó. PARRA VERA, F. HUBER, *Orientación sexual, derechos de la niñas y no discriminación*, en A. VON BOGDANDY, F. PIOVESAN, M. MORALES ANTONIAZZI (coordinadores), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, Biblioteca Porrúa de derecho procesal constitucional, México, 2012, p. 174.

<sup>49</sup> La ausencia de una doctrina de referencia está considerada como una falencia democrática al sistema interamericano por S. VERDUGO y J. F. GARCÍA, *Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en *Revista Actualidad Jurídica*, 25, enero 2012, p. 195 s.

<sup>50</sup> R. M. CELORIO, *The Case of Karen Atala and Daughters: Toward a Bet-*

En nuestra opinión, más que expresar juicios o realizar evaluaciones comparadas entre sistemas de protección de los derechos humanos, lo que habría que hacer es tomar nota de que la interpretación de la CADH sobre la base de estándares internacionales es el *modus interpretandi* que la Corte de San José ha adoptado para interpretar la Convención, tomando cuenta tanto del objeto y del objetivo del tratado multilateral en cuestión, es decir la protección de los derechos humanos, como de las peculiaridades del sistema interamericano.

De hecho es importante recordar que la Corte opera en un marco regional recién salido de una etapa de autoritarismos y violaciones manifiestas, en el que en algunos casos la situación de los derechos humanos sigue siendo crítica. Por ello, dicho *modus interpretandi* parece tendente a eliminar algunos problemas estructurales de la violación de los derechos protegidos por la CADH, engarzando el nivel de protección garantizado por el sistema interamericano al estándar de protección que otros sistemas de protección de los derechos fundamentales de las personas ya han alcanzado<sup>51</sup>.

8. Es evidente que las críticas realizadas al *modus interpretandi* de la Corte se refieren también a que, respecto a las categorías prohibidas de discriminación y a la noción de familia, no se reconoció un «margen de apreciación» nacional.

*ter Understanding of Discrimination, Equality, and the Rights of Women*, en *CUNY Law Review*, XV, 2012, p. 362.

<sup>51</sup> Ó. PARRA VERA, A. SANDOVAL MANTILLA, P. TARRE MOSER, *Orientación sexual, margen de apreciación, derechos de las niñas y los niños, no discriminación, derecho a la educación y cuestiones procesales ante la Corte Interamericana: Debates en torno al Caso Niña «X» y sus padres Vs. La República de Murykyta (CEJA 2012)*, en *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, I, enero 2014, p. 59. A este propósito se señala que la remisión a fuentes exógenas a fin de aumentar el nivel de protección de los derechos fundamentales incluye también las decisiones de la Corte interamericana como referencias interpretativas. De hecho, respecto a algunos derechos (por ejemplo, las limitaciones a la libertad de expresión) la Corte de Estrasburgo ha empezado a citar la jurisprudencia interamericana, lo cual, en perspectiva, podría llevar a la determinación de estándares internacionales convergentes en tema de violaciones manifiestas de los derechos humanos (véase T. GROPPI, A. M. LECIS COCCO-ORTU, *o.c.*, p. 29 ss.).

Nos referimos, por un lado, a que las objeciones del Estado demandado fueron desestimadas. Según éste, en 2004 – año en que fue emitida la sentencia de la Corte Suprema de Chile – no existía un «consenso mínimo» sobre la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación<sup>52</sup>. Y por otro, al voto parcialmente disidente del Juez Pérez Pérez a la sentencia Riffo, en la que el magistrado internacional afirmaba que la noción de familia y su calidad de base o elemento esencial o natural de la sociedad es una de las esferas en que resulta necesario reconocer un margen de apreciación nacional<sup>53</sup>.

Sobre este punto cabe señalar que en el sistema interamericano la cuestión del «margen de apreciación» está abierta y al parecer no se resolverá en breve. De hecho, por un lado, la Corte de San José no ha profesado nunca una doctrina correspondiente, mientras que los Estados partes la invocan con mucha frecuencia al objeto de que se les reconozca cierta discrecionalidad a la hora de regular autónomamente algunos casos de derecho<sup>54</sup>. Por otro lado, en torno a este tema ha surgido un debate académico un tanto apasionado<sup>55</sup>, en cuyo ámbito hoy día se discute sobre aspectos merecedores de definición,

<sup>52</sup> Sentencia Riffo, § 74 ss.

<sup>53</sup> *Ibidem*, Voto parcialmente disidente del Juez Alberto Pérez Pérez, § 21 ss.

<sup>54</sup> Por ejemplo, recientemente en el caso *Artavia Murillo y Otros («fecundación in vitro») vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), § 170, en adelante «Sentencia Artavia Murillo».

<sup>55</sup> Sobre el debate doctrinal en cuestión, véase la síntesis de P. CONTRERAS, *National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights*, en *Northwestern J. of Int. Human Rights*, XI, 1, 2012, p. 61 ss.; véase además M. NÚÑEZ POBLETE, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*, en P. ACOSTA ALVARADO y M. NÚÑEZ POBLETE (coordinadores), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2012, p. 3 ss. y F. R. BARBOSA DELGADO, *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática*, *ivi*, 2014, p. 51 ss.

como por ejemplo sobre cuál debería ser la modalidad de cálculo del «*consensus* interamericano» – siempre y cuando se trate de un problema cuantitativo – o cuál es su contenido e índole<sup>56</sup>.

Sin ánimo de profundizar en el debate académico, a efectos de nuestro estudio, cabe subrayar que de la jurisprudencia de la Corte parece perfilarse un uso *cum grano salis* del «margen de apreciación» (si queremos denominarlo así), a partir del cual se le reconoce a los Estados partes la posibilidad de regular autónomamente aspectos específicos, pero no esenciales, de los derechos protegidos por la CADH. Por ejemplo, la Corte no negó que los Estados partes gozaran de cierta autonomía en materia de concesión de la ciudadanía, siempre y cuando la correspondiente disciplina no llevara a discriminaciones irrazonables<sup>57</sup>, o en tema de garantías judiciales, en particular en recursos contra sentencias, siempre y cuando no se vulnerara la esencia misma del derecho de recurrir el fallo y los recursos fueran eficaces<sup>58</sup>.

Però en el caso de la prohibición de discriminación es evidente que dicho margen no podía otorgarse, puesto que la cuestión examinada por la Corte tocaba un aspecto substancial, por tanto intangible, del principio de igualdad y de no discriminación, que, según notan los propios jueces, se integró en el dominio del *jus cogens*<sup>59</sup>. Por tanto, pese a las alegaciones presentadas por el Estado recurrido, la Corte afirma 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

<sup>56</sup> Se trata de aspectos algo controvertidos también en el sistema de Estrasburgo (véase P. PUSTORINO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e cambiamento di sesso: il caso Härmäläinen c. Finlandia*, 27 luglio 2014, en [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)), donde en cambio la doctrina del «margen de apreciación» fue expresamente enunciada [Case of *Handyside v. The United Kingdom* (Application no. 5493/72), Judgment, Strasbourg, 7 December 1976, § 48 s.].

<sup>57</sup> Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, § 59 ss.

<sup>58</sup> Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), § 161.

<sup>59</sup> Sentencia *Riffo*, § 79.

y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controvertida en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana»<sup>60</sup>.

Consideramos que lo mismo deba decirse sobre el caso de la noción de familia, ya que el correspondiente estándar internacional, puntualmente mencionado por la Corte, no está anclado al modelo tradicional basado en el matrimonio, sino que llega a abarcar formas familiares alternativas<sup>61</sup>. Por tanto no podemos sino discrepar, junto con parte de la doctrina<sup>62</sup>, del antes mencionado voto parcialmente disidente del Juez Pérez Pérez, así como de la necesidad, en el mismo contenido, de reconocer un margen de apreciación a los Estados partes respecto a la definición de la noción de familia.

9. Según manifestado con anterioridad, pende ante la Comisión un nuevo caso presentado por una familia homoparental, que podríamos llamar *Benado Vergara y Gallo Poblete vs. Chile*.

Dos mujeres que viven juntas deciden ser madres mediante la fecundación de una de ellas. Para la ley chilena los hijos nacidos tienen un solo progenitor, es decir la madre biológica, mientras que la

<sup>60</sup> *Ibidem*, § 92.

<sup>61</sup> *Ibidem*, §§ 143 ss. y 172 ss. La Corte fundamenta la noción de familia en la jurisprudencia de Estrasburgo (para la que remitimos a L. CAFLISH, *Family, Right to, International Protection*, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, en [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), pero menciona brevemente también el procedimiento de los comités del Sistema universal de protección de derechos humanos, tal vez menos explícita, pero que en nuestra opinión incluye a las «familias arco iris». Sobre dicho aspecto, nos permitimos la remisión a L. PALADINI, *Standard internazionali e tutela delle rainbow families nell'UE: le nozioni di «famiglia» e di «best interest del minore» nel sistema ONU di protezione dei diritti umani*, en C. CASONATO, A. SCHUSTER, *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe. Proceedings of the Conference, Trento, 16-17 October 2014*, Università degli studi di Trento, 2014, p. 201 ss.

<sup>62</sup> S. RODRÍGUEZ JIMENEZ, *Karen Atala case, between two parameters: sexual preferences and the interest of the child*, en *Bol. mex. der. comp.*, 2012, p. 1311 ss.

otra mujer no puede ser reconocida como progenitor, pues según el artículo 182 del Código Civil de Chile, «el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas». Esta situación se plantea una cuestión de interpretación de la ley civil chilena, que se refiere a una pareja que, aunque no esté necesariamente casada<sup>63</sup>, responde al paradigma heterosexual<sup>64</sup>.

Agotados los recursos internos contra las decisiones denegatorias de la inscripción en el Registro Civil e Identificación de la madre no biológica como progenitor, en 2013 las demandantes acudieron a la Comisión sosteniendo que Chile había vulnerado los derechos establecidos en distintas disposiciones de la CADH y en otros tratados internacionales, en lo referente a igualdad de derechos y prohibición de discriminación, derechos a la intimidad, vida privada y familiar, garantías judiciales y acceso a la justicia y especial protección de los derechos de los niños. Según afirma la defensa de las dos mujeres, «al no reconocer jurídicamente a ambas madres se cometió una discriminación, porque a cualquier pareja heterosexual que se somete a fertilización asistida se le reconoce legalmente a ambos sus vínculos de filiación respecto a los hijos o hijas que nazcan producto del tratamiento de fertilización, independiente de quién aporta el material genético y tenga el vínculo biológico»<sup>65</sup>.

Tanto si se resuelve en vía amistosa bajo la égida de la Comisión

<sup>63</sup> En Chile, el Programa de Fertilización, que se beneficia de la coparticipación en los gastos por parte del Estado, está abierto también a las parejas que, no estando legalmente casadas, viven en relación de convivencia social, afectiva y familiar, y comparten una relación estable al menos durante dos años.

<sup>64</sup> Según consta en la decisión de la Sala de Cuentas de la Corte de Apelaciones de Santiago, n. Protección-18948-2013, 15 de abril de 2013, el recurso de protección de las dos mujeres es inadmisibile a tramitación ya que «la parte recurrente pretende, por vía de protección, modificar la legislación vigente sobre filiación, sin que se señale la ilegalidad en que se ha incurrido, sino más bien, un estatuto que no comparte, circunstancia que es propia de reserva legal», en *www.corte.poderjudicial.cl*.

<sup>65</sup> Comunicado de prensa «Denuncian al Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por caso de madres lesbianas», Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, en *www.derechoshumanos.udp.cl*.

(que todavía tiene que resolver sobre la admisibilidad del caso) como si lo decide la Corte<sup>66</sup>, sin duda alguna el recurso podrá beneficiarse del potencial de la sentencia Riffo, tanto en lo que se refiere al perfil discriminatorio relacionado con los derechos parentales – en un caso similar con padres heterosexuales, la legislación chilena habría permitido el reconocimiento del padre no biológico – como a la noción de familia, que, en línea con las consideraciones expresadas en la decisión en cuestión, podría incluir a ambas mujeres y a los hijos nacidos por medio de la fecundación asistida por ellas planeada.

Habría que considerar además el interés de la crianza de los menores gracias a los cuidados parentales de las demandantes, en lo referente a los derechos de la infancia protegidos por el artículo 19 CADH, y a distintas disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 en tema de vínculos familiares, tales como los artículos 8 y 16, sobre el derecho de los niños a la preservación de las relaciones familiares y sobre la protección de su vida familiar.

Además, en línea con el *modus interpretandi* de la Corte, a efectos del éxito del caso *Benado Vergara y Gallo Poblete vs. Chile* nos parecen merecedoras de ser valoradas tanto la reciente jurisprudencia interamericana, como la jurisprudencia exógena al sistema CADH.

En lo que se refiere a la jurisprudencia de la Corte de San José, se podría mencionar el caso *Artavia Murillo y Otros c. Costa Rica* de finales de 2012<sup>67</sup>, en el que los jueces afirmaron que la decisión

<sup>66</sup> El caso ya ha sido señalado por algunas asociaciones LGBTI, al Comité de Derechos Humanos, en cuya 108ª sesión estaba previsto el examen del informe periódico sobre la actuación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por parte de Chile. Además, en la 111ª sesión, el Comité de Derechos Humanos adoptó las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile (CCPR/C/CHL/CO/6, 13 de agosto de 2014), recomendando al Estado «intensificar sus esfuerzos para proporcionar una protección eficaz contra la violencia y la discriminación por orientación sexual o identidad de género, en particular en el sistema educativo, y poner en marcha una campaña de sensibilización destinada al público en general con el fin de luchar contra los prejuicios sociales».

<sup>67</sup> Como comentario a la sentencia, véase I. BRENA, *Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, en *Bol. mex. der. comp.*, XLVI,

de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada<sup>68</sup> y que dicho derecho está estrechamente relacionado con el derecho a constituir una familia<sup>69</sup>, que, según las enseñanzas de la sentencia Riffo, reiteradas sustancialmente también en el caso *Forneron e Hija vs. Argentina* del 2012<sup>70</sup>, no está necesariamente fundada en el matrimonio, no limitándose por tanto al modelo tradicional.

En cuanto a las citas jurisprudenciales exógenas, en tema de familias homoparentales cabe recordar el caso *Gas and Dubois v. France*, en el que la Corte de Estrasburgo afirmó que la existencia de una «vida familiar» es fundamentalmente una cuestión de hecho y está relacionada con la presencia de elementos como la convivencia, una relación duradera y un proyecto familiar compartido<sup>71</sup>, o el caso *X and others v. Austria*, en el que la Corte reconoció que la pareja estable que convive con los hijos de una de las parejas, forma parte del ámbito de aplicación del artículo 8 CEDH, redactado para proteger el derecho a la vida privada y familiar<sup>72</sup>.

Hay evidentes puntos de contacto entre el caso pendiente, la sentencia Riffo y demás jurisprudencia mencionada, tanto por la prohi-

137, mayo-agosto 2013, p. 795 ss; E. A. CHÍA, P. CONTRERAS, *Análisis de la sentencia Artavia Murillo y Otros («Fecundación in vitro») vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Estudios Constitucionales*, Año 12, 1, 2014, p. 567 ss; M. HAIDEER, *La Corte interamericana condanna il Costa Rica per il divieto di fecondazione in vitro (commento a Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») c. Costa Rica, del 28 novembre 2012, serie C. n. 257)*, en *Riv. dir. pubbl. comp.*, n. 2, 2013, p. 1 ss. ([www.dpce.it](http://www.dpce.it)); en sentido crítico, Á. P. DÍAZ, *La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del Caso Artavia*, en *Der. Públ. Iberoam.*, 2, abril 2013, p. 303 ss.

<sup>68</sup> Sentencia Artavia Murillo, § 143.

<sup>69</sup> *Ibidem*, § 144 ss. Efectivamente, la Corte recuerda que «el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma».

<sup>70</sup> Caso *Forneron e Hija vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), § 98 s., en el que la relación entre padre e hija ha sido incluida en la noción de vida familiar.

<sup>71</sup> Decision as to the *admissibility of Application no. 25951/07 by Valerie Gas and Nathalie Dubois v. France*, 31 August 2010, p. 12.

<sup>72</sup> Case of *X and others v. Austria (Application no. 19010/07)*, Judgment (Grand Chamber), Strasbourg, 19 February 2013, § 96.

bición de discriminación en base a la orientación sexual y en la igualdad ante la ley, como por el concepto de familia.

Tal concepto nos parece fundamental para la protección de las familias homoparentales, ya que está relacionado con situaciones de hecho más que con categorías formales, entre ellas, por ejemplo, la larga convivencia, los vínculos afectivos y la conducción conjunta de un proyecto familiar. Prácticamente los mismos elementos que impulsaron a la Corte de San José a reconocer que la convivencia *de facto* establecida por la Señora Riffo después del divorcio era una «familia» y que la demandante en la vista oral ante la propia Corte resumió en pocas y sencillas palabras, al objeto de poner de relieve la naturaleza «normalmente familiar» del vínculo que se había establecido: «éramos una familia absolutamente normal. Un niño, tres niñas, un gato, un perro, una perra, una casa, teníamos proyecto como familia. Teníamos sueños como familia»<sup>73</sup>.

### *Post scriptum*

El 26 de febrero de 2016, la Corte decidió el caso Duque<sup>74</sup>, relacionado a la denegatoria de la «pensión de sobrevivencia» al componente de una pareja del mismo sexo tras la muerte de su *partner*, que nos referimos en el anterior para afirmar que los relevantes desarrollos interpretativos de la sentencia Riffo en tema de discriminación basada en la orientación sexual y de concepto de familia podrá ser aplicada en los casos pendientes, al fin de proteger las familias homoparentales y las personas LGBTI.

En efecto, en la sentencia Duque la Corte se refiere varias veces a la sentencia Riffo, para confirmar que el principio de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* y es protegido por la CADH, que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la misma Convención y, en conclusión, para establecer que la orientación sexual haya sido la causa de la irrazonable discriminación del señor Duque en violación del ar-

<sup>73</sup> Sentencia Riffo, § 176.

<sup>74</sup> Caso *Duque vs. Colombia*, sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), en adelante «Sentencia Duque».

título 24 en relación con el artículo 1.1 CADH<sup>75</sup>. Afirman los jueces que «el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte encuentra que la diferenciación ... es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana»<sup>76</sup>.

En su razonamiento, la Corte recuerda varios instrumentos internacionales que se refieran también a las discriminaciones, incluyendo (y por la primera vez) los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional en relación con la orientación sexual y la identidad de género, cuyo principio 13 se refiere a la seguridad social y a la protección social<sup>77</sup>. Se ha señalado que este *modus interpretandi* de la Convención se critica con frecuencia y ahora también en relación a la sentencia Duque<sup>78</sup>. En particular, con respecto a los Principios de Yogyakarta, el Juez Vio Grossi es muy crítico en su voto parcialmente disidente, señalando «que no solo fueron adoptados con posterioridad a la presentación de la petición de autos, sino que lo fueron por un grupo conformado por 29 personas naturales. De modo que a lo más, tal documento podría ser considerado bien como una, no la única ni la más relevante, de las expresiones de la doctrina bien como una pretensión, proposición o sugerencia y, por tanto, no como norma de Derecho Internacional y ni siquiera como interpretativa de la Convención»<sup>79</sup>. Si bien compartimos que los tra-

<sup>75</sup> Sentencia Duque, § 90 ss.

<sup>76</sup> *Ibidem*, § 124.

<sup>77</sup> *Principios de Yogyakarta – Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, Marzo de 2007 (en <http://www.yogyakartaprinciples.org>). En doctrina, véase *inter alia* M. O'FLAHERTY Y J. FISHER, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles*, en *Human Rights L. R.*, 2008, p. 207 s.

<sup>78</sup> Por ejemplo, entre los primeros comentaristas, Á. P. DÍAZ, *Sentencia sobre orientación sexual contra Colombia*, en <http://corteidhblog.blogspot.it/>, 15 de junio de 2016. *Contra*, A. LENGUA, *¿Una decisión progresista o una Corte tibia? Caso Duque vs. Colombia, la segunda sentencia sobre derechos LGTBI en el Sistema Interamericano*, en <http://enfoquederecho.com/>, 21 de abril de 2016.

<sup>79</sup> Sentencia Duque, Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, p. 8 ss.

tados internacionales y los instrumentos no vinculantes no pueden considerarse al mismo nivel<sup>80</sup>, es sin embargo nuestra opinión, como hemos argumentado, que el *modus interpretandi* adoptado por la Corte es apropiado tomando en cuenta tanto del objeto y del objetivo de la CADH, como de las peculiaridades del sistema interamericano.

En cuanto a la noción de familia, la Corte no considera la naturaleza del carácter familiar de la unión entre el señor Duque con su pareja. Quizás esto hubiera sido un estudio innecesario, ya que el demandante no había invocado la violación del artículo 17 CADH sobre la protección a la familia. Sin embargo, es una cuestión no secundaria, porque las razones esgrimidas por las autoridades colombianas para negar la pensión al señor Duque estaban relacionadas a la necesidad de «proteger la familia» prescrita por la ley colombiana, en la cual «la familia» debía entenderse como siendo constituida por un hombre y una mujer.

Al respecto, es nuestra opinión que la Corte podría recordar *in-cidenter tantum* cual es la noción de familia en el sistema de la CADH, sin introducir nuevas o controvertidas interpretaciones. En su informe, la Comisión había afirmado que dicho razonamiento puede operar tan sólo sobre la base de un concepto de familia limitado y estereotipado<sup>81</sup> y tuvo la misma posición durante el procedimiento judicial, al igual que el solicitante<sup>82</sup>. Pero, en sentido contrario, el Juez Vio Grossi parece «casarse» con dicho concepto tradicional en su voto parcialmente disidente, afirmando que la sentencia «parece ... jurídicamente igualar o asimilar la situación de la unión de hecho o civil entre personas del mismo sexo con la del matrimonio, lo que, ciertamente, no corresponde conforme al estado actual del ordenamiento jurídico interamericano y a una correcta interpretación de la Convención», en particular su artículo 17.1, según el cual «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado»<sup>83</sup>. Ante diversos puntos de vista, una aclaración de la Corte sobre el «carácter familiar» de la pareja

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> Informe Duque, § 77 ss.

<sup>82</sup> Sentencia Duque, § 84 ss.

<sup>83</sup> *Ibidem*, Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, p. 12.

del mismo sexo sería conveniente y simplemente representaría un fortalecimiento de las enseñanzas de la sentencia Riffo. Sobre este punto, hay que señalar que recientemente la Corte de Estrasburgo decidió sobre el caso *Aldeguer Tomás v. Spain*<sup>84</sup>, igualmente relacionado a la denegatoria de la «pensión de sobreviviente» al *partner* de una pareja del mismo sexo, mencionando, entre el derecho y la práctica internacional relevante, la sentencia Riffo y el informe de la Comisión en el caso Duque en relación con la noción de familia<sup>85</sup>.

Como se ha observado, aunque constituye un precedente importante para la defensa de los derechos de las personas LGTBI, la sentencia Duque resulta débil. Por ejemplo, no aclara los derechos en relación a las reclamadas violaciones de las garantías judiciales y protección judicial (artículos 8.1 y 25 CADH) y del derecho a la vida y a la integridad física (artículos 4.1 y 5.1 CADH) del señor Duque, que la Corte no declara como violados.

En fin, hay que señalar que una oportunidad para volver a expresarse sobre las cuestiones LGTBI (además del caso pendiente *Homero Flor Freire vs. Ecuador*) es la solicitud de opinión consultiva presentada recientemente por Costa Rica, a fin de que la Corte interprete las obligaciones sobre «la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una», «la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil... a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención» y «la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo»<sup>86</sup>.

El Estado solicitante vislumbra la fragmentación en la protección de los derechos de LGTBI en el sistema interamericano y reconoce

<sup>84</sup> Case of *Aldeguer Tomás v. Spain* (Application no.35214/09), Judgment, Strasbourg, 14 June 2016.

<sup>85</sup> *Ibidem*, § 52 ss.

<sup>86</sup> Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica el 18 de mayo de 2016, p. 3 (<http://www.corteidh.or.cr>).

las decisiones de la Corte sobre la orientación sexual como categoría de discriminación adoptadas en los casos Riffo y Duque. Por esta razón considera que «una interpretación de la Corte IDH respecto a los estándares señalados, sería un aporte fundamental para ... todo los países del Sistema Interamericano ..., toda vez que permitiría adaptar el ordenamiento interno a los estándares interamericano, en garantía de las personas y sus derechos. Es decir, permitiría fortalecer y dirigir el actuar de los Estados hacia un cumplimiento pleno de las obligaciones en relación con estos Derechos Humanos»<sup>87</sup>. Sólo tenemos que esperar la respuesta de la Corte.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 5.