



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

MAESTRÍA EN ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

**“ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE” CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

**DESDE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL DE
MANUEL ATIENZA**

**NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL ART. 1.1 Y EL ART.
24 DE LA CADH**

PRIMER COHORTE

SANTA FE - JULIO 2020

Tutora: Dra. María Claudia Torrens

Autora: Mariana Martínez Bellinzona

Contacto: 341-6417552 / dmfmb@hotmail.com

“El mejor consejo que puede darse a quien desee argumentar bien en el Derecho o en cualquier otro ámbito es prepararse bien. Picasso decía que la inspiración, existe, pero tiene que pillarte trabajando. De esa manera semejante habilidad dialéctica, argumentativa, existe, pero tiene que pillarte preparado, conocedor del fondo del asunto.”¹

Manuel Atienza

¹ ATIENZA, Manuel. *“Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador”*, 2009, DOXA, Nro. 29, pág. 474

*A pesar de ser microscópico
y haber puesto a la humanidad en jaque
agradezco al COVID-19 por
haberme facilitado el tiempo para lograr
terminar este trabajo.*

CONTENIDOS

CONTENIDOS.....	3
INTRODUCCIÓN	7
JUSTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA.....	10
TÍTULO I LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL	12
CAPÍTULO I LA BASE DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN	12
1. EL ESTADO DE DERECHO LEGAL.....	12
1.1 Interpretación en el Estado legal de Derecho	13
2. EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.....	15
2.1 Interpretación en el Estado Constitucional de Derecho.....	16
3. HISTORIA DE LA ARGUMENTACIÓN	18
4. CONCEPTO DE ARGUMENTACIÓN.....	20
5. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN.....	22
5.1 Teoría de Theodor Viehweg – Concepción tópica del razonamiento jurídico	24
5.2 Teoría de Chaïm Perelman – La nueva retórica	25
5.3 El modelo argumentativo de Stephen Toulmin	27
5.4 La teoría de Robert Alexy – El discurso racional.....	28
5.5 Teoría integradora de Neil MacCormick	32
CAPÍTULO II TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE MANUEL ATIENZA..	35
6. DIMENSIONES DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE MANUEL ATIENZA	38
6.1 Concepción formal.....	38
6.2 Concepción material	39
6.3 Concepción pragmática.....	41

6.4 Los casos difíciles y trágicos	44
7. LA TEORÍA SOBRE EL ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS ARGUMENTACIONES DE MANUEL ATIENZA	48
TÍTULO II EL DERECHO A LA IGUALDAD EN RELACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN	53
CAPÍTULO I CONCEPTOS CENTRALES	53
8. IGUALDAD RESPECTO A LA ORIENTACIÓN SEXUAL	53
9. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL.....	55
9.1 Discriminación negativa	72
9.2 Discriminación positiva	74
9.3 Discriminación directa e indirecta	75
9.4 Discriminación interseccional.....	77
9.5 Igualdad como reconocimiento.....	81
9.6 Desigualdad estructural.....	81
9.7 Igualdad de oportunidades	83
CAPÍTULO II LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA DE DISCRIMINACIÓN.....	85
10 EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 29 DE LA CADH.....	85
10.1 Las dos posturas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	87
11 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA CATEGORÍA SOSPECHOSA	89
11.1 Categoría Prohibida	94
12 EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA SOSPECHOSA DE DISCRIMINACIÓN	96

13	ORIENTACIÓN SEXUAL COMO “...CUALQUIER OTRA CONDICIÓN SOCIAL” EN LOS SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS.....	98
	13.1 El sistema americano	98
	13.2 El sistema europeo	104
CAPÍTULO III EL EXAMEN ESTRICTO EN LA ARGUMENTACIÓN DEL SISTEMA AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS		107
14	LA INTERPRETACIÓN DEL ESCRUTINIO ESTRICTO QUE HACE LA CIDH Y LA CORTE IDH RESPECTO DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	110
15	EL TEST DE PROPORCIONALIDAD Y SU UTILIZACIÓN EN EL “JUICIO ESTRICTO DE IGUALDAD”	112
	15.1 El fin adecuado	112
	15.2 La conexión racional.....	113
	15.3 Test de medios menos restrictivos	114
	15.4 Test de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.....	115
TÍTULO III LA TEORÍA SOBRE EL ANÁLISIS DE LAS ARGUMENTACIONES DE MANUEL ATIENZA EN EL CASO “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE”		117
16	EL CASO POR ANALIZAR.....	117
	16.1 Los hechos del caso según la Corte IDH	117
	16.2 La interpretación de los alcances de los artículos 1.1 y 24 de la CADH en el caso.....	120
17	ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DEL CASO DE ACUERDO CON EL MÉTODO DE MANUEL ATIENZA	124
	17.1 Análisis del fallo de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile.....	127
	17.2 Evaluación del fallo de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile.....	133
	17.3 Análisis de la demanda de la CIDH.....	136

17.4	Análisis de la respuesta del Estado chileno	138
17.5	Análisis del fallo de la CORTE IDH	140
17.6	Evaluación del fallo de la CORTE IDH	146
TÍTULO IV ESTEREOTIPOS, PREJUICIOS Y ÉTICA JUDICIAL		153
18	ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD.	153
18.1	Juzgar con perspectiva de Derechos Humanos.....	153
18.2	Juzgar con perspectiva de género	157
10.	ENTIMEMAS, PREJUICIOS Y ESTEREOTIPOS EN LAS SENTENCIAS....	162
11.	LA ÉTICA DE LOS JUZGADORES Y SU RELACIÓN CON LA GARANTIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	166
12.	LA VIOLACION DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA ÉTICA JUDICIAL EN “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”	173
CONCLUSIÓN		176
BIBLIOGRAFÍA.....		178
ANEXO.....		187
FALLO DE LA SALA CUARTA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE RECURSO DE QUEJA		187

INTRODUCCIÓN

Todos los que trabajamos en el sistema de justicia, de alguna forma o de otra, ya sea como jueces, abogados particulares, defensores o científicos ingresamos a ese sistema movidos por una idea de justicia que se transforma en nuestro Norte. Esa justicia es la ideal, es el ideal de justicia. Creemos que a todas las situaciones que se nos presenten le podemos encontrar la solución justa, equitativa, pero luego de un tiempo como operadores esa justicia perfecta que creíamos real se transforma en una justicia perfectible y en el camino nos topamos con grandes injusticias.

Así en la historia de los que escribimos este trabajo nos encontramos con los derechos relegados de las personas que, con opción o no², tienen una orientación sexual, que a veces asumida a veces rechazada otras percibida³, es distinta para la mayoría. Empezamos a cuestionarnos sobre la libertad, la autonomía, y especialmente la igualdad.

Aun teniendo distintas posturas de base sobre todos los temas, coincidimos en que sin igualdad y sin el respeto a la igualdad no se puede lograr el ideal de justicia que nos llevó, en un principio, a estudiar el derecho. Igualdad que hoy ha trascendido los conceptos tradicionales dando paso a conceptos como el de la igualdad como no discriminación y la igualdad como un no sometimiento o no exclusión.⁴

Igualdad implica que las diferencias deben ser reconocidas, respetadas y utilizadas para lograr un trato justo. En nuestro sistema las personas que tuvieron la valentía de asumir su diferencia⁵ se encontraron con que la organización de los derechos no los contemplaba y así se enarbolaron en una lucha incansable para reparar la desigualdad.

² En este trabajo no vamos a tomar postura sobre si la orientación sexual es una elección o una condición humana.

³ La orientación sexual percibida es aquella que sin corresponder con la real de la persona es percibida por terceros. Ver fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Flor Freire vs. Ecuador" y Opinión Consultiva OC-24/17 sobre "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"

⁴ SABA, Roberto, *"Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?"*, en: Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional, Tomo II. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 702-708*

⁵ Entiéndase "diferencia" en un contexto de heteronormatividad. Por "heteronormatividad" designamos a un principio organizador del orden social y de las relaciones sociales, política, institucional y culturalmente reproducido, que hace de la heterosexualidad reproductiva el parámetro desde el cual juzgar (aceptar, condenar) la inmensa variedad de prácticas, identidades y relaciones sexuales, afectivas y amorosas existentes.

Jaqueline Karen Atala Riffo⁶ es una muestra de esa lucha. Elegimos su caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) porque en él se ponen en evidencia las deficiencias culturales, legales, estructurales, conceptuales que aún tiene la sociedad y al analizarlo queremos hacer nuestro aporte al universo de los derechos que aún son cuestionados.

Abordaremos este trabajo en cuatro etapas, en la primera desarrollaremos el cambio de paradigma surgido después de la Segunda Guerra Mundial cuando se pone en crisis el sistema legalista y positivista imperante en el Estado de Derecho Legal (EDL) para dar paso al Estado de Derecho Constitucional (EDC). Describiremos los dos sistemas enfocándonos en la interpretación y argumentación para pasar así a explicar brevemente las principales teorías de la argumentación hasta llegar a poder concentrarnos en el pensamiento del maestro Manuel Atienza de quien trataremos de explicar brevemente su Teoría de la Argumentación Jurídica.

En un segundo título se tratará el derecho a la igualdad en las variantes o categorías que directa o indirectamente incidan sobre la orientación sexual. Trataremos la orientación sexual como categoría sospechosa para lo que definiremos y caracterizaremos a las categorías sospechosas y veremos su evolución en el sistema americano de derechos humanos. Para cerrar el tema nos detendremos en el examen estricto sobre las categorías sospechosas y su metodología.

Ubicados en la temática y habiendo intentado cubrir todos los aspectos materiales nos introduciremos, en el título tercero, sobre el caso que fue presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Atala Riffo y niñas vs. Chile” el que estudiaremos desde la perspectiva de la teoría desarrollada por Manuel Atienza, analizando específicamente el fallo de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile por el cual fue condenado el Estado y el fallo de la Corte IDH que lo condena.

Ampliando el análisis en el capítulo cuarto trataremos algunas inquietudes éticas que nos surgieron al estudiar el caso y entonces veremos cómo afectan los prejuicios y estereotipos los

⁶ *Jaqueline Karen Atala Riffo, nacida en 1963 es una jueza penal chilena con ascendencia palestina que asumió públicamente su lesbianismo. Estuvo casada con otro abogado chileno con quien tuvo 3 hijas que de las que fue separada provisoriamente al comenzar la convivencia con su pareja homosexual Eva y a las que nunca recuperó, por ese hecho demandó a Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un fallo que se transformó en un leading case para la comunidad LTGBI. Hoy sigue siendo jueza y dirige una función destinada a la protección de los derechos de esa.*

procesos argumentativos y la necesidad de, en estos tiempos, juzgar con perspectiva de derechos humanos.

JUSTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Históricamente se ha violado el derecho a la igualdad entendida como no discriminación y como igualdad de trato. La teoría de las categorías sospechosas y la utilización del escrutinio estricto, en reemplazo de la teoría de la razonabilidad antiguamente utilizado en el sistema interamericano de derechos humanos⁷, vinieron a cooperar con los grupos especialmente vulnerables en la reivindicación de sus derechos para subsanar esta violación sistemática y estructural.

En este trabajo nos planteamos primero si la categorización como sospechoso sirve para la protección de las minorías y explicamos el método de valoración de las restricciones a los derechos fundamentales de estos grupos.

Para la determinación de la categoría sospechosa desarrollamos el derecho a la igualdad como no discriminación en su faz positiva, negativa, directa e indirecta y la conexión con la igualdad como reconocimiento.

Circunscribimos un grupo vulnerable como lo es el de las personas con orientación sexual no heterosexual y desarrollamos su evolución en los sistemas internacionales de derechos humanos para evaluar cómo se han ido reconociendo sus derechos mediante una interpretación evolutiva de las convenciones internacionales.

Arribaremos a la conclusión de que la orientación sexual es una categoría sospechosa y conforme esta nueva premisa abordamos el caso de Jacqueline Karen Atala Riffo utilizando el sistema de análisis y evaluación de razonamientos judiciales desarrollado por Manuel Atienza.

Trataremos de probar la utilidad de este método para detectar preconceptos, prejuicios y estereotipos insertos en la argumentación en forma tácita o entimemática y cómo a través de los diagramas se hacen evidentes las inconsistencias en cuanto a coherencia y universalidad de las conclusiones a las que arriban los juzgadores.

⁷ Desde el caso “*Kimmel, E vs. Argentina*” la Corte IDH ha aplicado el test de proporcionalidad estricto para determinar la violación por parte de los Estados Partes la CADH

Asimismo, nos plantearemos la utilidad del método de Manuel Atienza para detectar fallas en el razonamiento de los jueces al momento ponderar principios y determinar el peso atribuible en cada caso.

Postulamos la existencia de una conexión entre la argumentación defectuosa de los jueces, sobre todo los de los altos tribunales nacionales, por la existencia de prejuicios o estereotipos, y la violación del principio de la garantía de imparcialidad contenida en el art. 8.1⁸ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de ser una falta ética.

⁸ “Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debida ente e imparcial, establecido con ante sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

TÍTULO I

LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

CAPÍTULO I

LA BASE DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN

1. EL ESTADO DE DERECHO LEGAL

A partir de la Revolución Francesa y con la sanción del código napoleónico se consagra lo que llamaran el Estado de Derecho Legal como un sistema en el cual las leyes, por el sólo hecho de haber sido sancionadas legítimamente, se considera plasman la voluntad del legislador que, en un estado democrático, son la voz del pueblo. Este cambio se sostuvo en base al principio de la *volonté générale* rousseauiano⁹.

Todo el derecho estaba contenido en normas, de mayor o menor rango, que fueron creadas contemplando situaciones ideales y con la concepción de que las normas positivas eran todo el derecho existente. Excluía la posibilidad de utilizar principios de *ius gentium*, de derecho natural no positivo e incluso las contenidas en las constituciones. Los preceptos contenidos en la constitución no eran directamente ejecutivos, sino que debían estar contenidos en normas de menor rango que reglamenten su alcance.

En el Estado de Derecho Legal el profesional o jurista debía subsumir el caso individual en el caso genérico contemplado en la norma legal. Este proceso se realizaba luego de desentrañar el sentido de la norma según los métodos de interpretación clásicos (gramatical, lógico, histórico y sistemático).¹⁰

⁹ VIGO, Rodolfo. “*Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*” Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, páginas 93 y ss. y página 144

¹⁰ VIGO, Rodolfo. “*Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional.*” Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2015, página 34.

Este EDL estaba principalmente fundamentado en las reglas kelsenianas de ubicación de las normas que se basaban en una teoría de gradación normativa.

En el EDL hay premisas que le son operativas y según las cuales se trabaja, como por ejemplo que lo que no está en el expediente no existe, o que interesa la verdad procesal o formal y no la real, entre otras. La legalidad por encima de la verdad.

Existía una sinonimia entre derecho y ley. No había derecho distinto al plasmado en la ley positiva. Tampoco había un derecho superior al de la ley positiva, todo el derecho era el contenido en la ley vigente.¹¹

Los códigos contenían todo el derecho, lo sistematizaban y ordenaban por material de forma tal de poseer autonomía científica, pero esa científicidad estaba reducida al estudio de norma positiva. No se admitía la existencia de un derecho supra legal, de gentes, natural o humano.¹²

En el EDL no existían los derechos humanos como los entendemos en la actualidad, sino que ellos eran una concesión del Estado. Era el mismo Estado el que, en su normativa, autolimitaba sus atribuciones en favor de asegurar algún derecho, beneficiar a algún grupo o asegurar la libertad individual. Era la ley la que habilitaba al derecho humano, éste no tenía autonomía ni era ejecutivo. No cabía reclamo ante tribunales supranacionales por violación a derechos humanos porque no se les reconocía, dentro del sistema legal, validez alguna.

Luego de la segunda guerra mundial, y como consecuencia de los juicios por delitos de guerra, el EDL entra en crisis. Se empieza a entender que, como sostuvo Radbruch, la ley extremadamente injusta no es derecho.

1.1 Interpretación en el Estado legal de Derecho

¹¹ VIGO, Rodolfo. *"Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional."* Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2015, página 69.

¹² VIGO, Rodolfo. *"Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho"* Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, páginas 146 y ss.

Según Demolombe interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer.¹³

Al respecto dice Rodolfo Vigo: “El momento creador del Derecho se subsumía en la “voluntad del legislador” y luego el modelo de saber jurídico se ceñía a los postulados propios de la ciencia fisicomatemática que se limitaba a describir y sistematizar sin ningún compromiso con valores. También recordemos que el modelo político europeo decimonónico reforzaba ese cumplimiento con la amenaza penal al juez que se apartaba del sentido de la ley, dado que tal comportamiento se tipificaba con el delito de prevaricato. En definitiva, al “voluntarismo” del legislador europeo fuera de cualquier control de racionalidad y capaz de juridizar cualquier contenido en tanto previsto dentro de la ley, le seguía la tarea del doctrinario y del juez que se circunscribía a un saber “teórico” en tanto pretendía una descripción absolutamente objetiva y sin preferencias axiológicas de aquel contenido legal.”¹⁴

Durante la vigencia del EDL la interpretación de las normas legales se hacía utilizando esencialmente cuatro métodos, el gramatical basado en reglas lingüísticas, el lógico que analizaba las reglas del pensamiento del legislador, el histórico que tenía que ver con la repercusión de la ley en el tiempo y el espacio y que dotaban a la norma de contenido esencialmente comparándola con la derogada y el sistemático que surgía de la concepción de la norma individual como perteneciente a un sistema normativo y con el cual debía coordinarse.

La esencia de la interpretación era la de desentrañar la voluntad del legislador y luego aplicarlo a través de un simple silogismo.¹⁵

La voluntad del legislador se conocía a través de la utilización de silogismos donde se encuadraba el caso concreto a la norma particular, ya sea por deducción o por subsunción, prescindiendo de valoraciones y, sobre todo, no atendiendo a excepciones. Y el juez sólo debía conocer la ley y si era clara lo único que restaba para su aplicación era la subsunción del caso que se presente.

¹³ VIGO, Rodolfo. *“Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional.”* Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2015, página 31

¹⁴ VIGO, Rodolfo. *“Ética judicial e interpretación jurídica”.* DOXA, 2006, Nro. 29, pág. 273 – 294.

¹⁵ VIGO, Rodolfo. *“La Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”.* México D.F., Consejo de la Judicatura Federal, 2017, pág. 93.

Si el juez desconocía la ley comprometía la seguridad jurídica. Montesquieu delineaba un modelo de juez como un ser inanimado y vehículo de la expresión de la ley. En este sentido sostenía que la jurisprudencia no podía ser concebida como una fuente del derecho.

En Kelsen esa racionalidad formal de la exégesis francesa se convierte en irracionalismo o voluntarismo, sostiene la justicia como un ideal irracional que debe ser el norte de las decisiones judiciales.¹⁶

Nino hablaba de "insularismo" jurídico cuando se refería a ese rasgo que pretendía que el jurista comprendiera y operara el derecho sin consideraciones de índole moral, política, económica, etc. El derecho del EDL se postulaba como una especie de isla en la que sólo había normas jurídicas y a la que le estaba permitido ingresar sólo a juristas.¹⁷

2. EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

A partir de los juicios sobre los delitos cometidos en la segunda guerra mundial se comienza a apelar al derecho de gentes, derecho natural, para obtener justicia en esos procesos, y así se empieza a construir una teoría de derechos fundamentales de los seres humanos cuya violación no debía estar permitida ni justificada por el cuerpo legal. Se celebran los primeros acuerdos internacionales declarativos de derechos humanos¹⁸ en los cuales se reconocen una serie de derechos, propios de todos los seres humanos, de los que no se puede privar a nadie.

Como nos enseñan Manuel Atienza y Ruiz Manero existe una incompatibilidad entre la teoría positivista como se la entendía en el EDL y el EDC¹⁹. A diferencia de lo que trajo la codificación, en el EDC rige la primacía de la constitución y su supremacía por sobre toda legislación de tal manera que si una ley contradice los principios constitucionales es declarada su nulidad, por lo tanto, la validez de una norma depende de su congruencia con la constitución y con

¹⁶ VIGO, Rodolfo. *"Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho"* Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, páginas 146 y ss.

¹⁷ VIGO, Rodolfo. *"La Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional"*, México D.F., Consejo de la Judicatura Federal, 2017, pág. 56, 69, 191.

¹⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá 1948 entre otras.

¹⁹ Ver ATIENZA, Manuel y RUIZ MANER, Juan. *"Dejemos atrás al positivismo jurídico"*, Isonomía, Nro. 27, 2007.

las normas supraconstitucionales o convencionales. No hay absolutismos ni prerrogativas, todas las personas están sometidas a la constitución. Así son tachables de violatorios de la constitución no sólo leyes, sino sentencias, actos de gobierno, de grupos e incluso de particulares.

En el juicio de Nuremberg se condena a los nazis por haber cumplido la ley, pero violado el derecho, rompiendo así con los preceptos del EDL donde se hacía una aplicación de la ley sustraída de cualquier axiologización.

En este Estado Constitucional de Derecho se apela a la aplicación de principios, contenidos en las constituciones o del mismo derecho de gentes directamente al caso concreto con la finalidad de encontrar la respuesta que más se ajuste al concepto de justicia. El control constitucional en el EDC es un elemento esencial. La constitución es la norma sustantiva cualitativamente y su obediencia por sobre el resto de las normas esencial para la eficacia del sistema.

Amplía Romero Martínez: "Con mucho, para efectos expositivos se puede decir que la novedad en la interpretación constitucional, en contraposición a la interpretación jurídica general (si se permite este antagonismo), es que la función de la primera no puede simplemente limitarse a la revelación del significado que expresa la norma jurídica, en este caso la Constitución, mediante la utilización de los conocidos métodos de interpretación jurídica, como son el gramatical, histórico, teleológico o sistemático, sino que debe optar por desplegar un análisis y evaluación más profundo de los ideales contenidos en ésta, a fin de comprender su alcance en el contexto de las realidades vigentes notoriamente pluralistas o, mejor, en constante tensión."²⁰

La existencia de tribunales constitucionales es propia de este sistema, pero se ha entendido que el control de constitucionalidad puede ser también realizado, no en forma centralizada por tribunales especiales, sino en forma difusa por todos los órganos del Estado.

2.1 Interpretación en el Estado Constitucional de Derecho

En el EDC la actividad jurisdiccional está encaminada a lograr, no ya la justicia en el sentido del EDL sino, la equidad entendida como justicia para el caso concreto atendiendo a las

²⁰ ROMERO MARTINEZ, Juan Manuel. *"Estudios sobre argumentación jurídica principalista. Base para la toma de decisiones judiciales."* Ciudad de México, 2017, Universidad Nacional de México, página 15.

implicancias generales que podrá producir la decisión. En este contexto el precedente adquiere una relevancia superior, cada resolución se constituye en una posible solución para casos análogos.

La interpretación como la concebía el EDL deviene en argumentación para lograr, en el caso concreto puesto a examen, la equidad mencionada. La argumentación se nutre de valores y principios que se entienden reconocidos por el sistema, no creados como lo eran las normas en el EDL. Deviene esencial el análisis de los argumentos o justificativos que utilizan, sobre todo los jueces, para fundar las decisiones.

La lógica formal y el silogismo deductivo se utilizan juntamente con la lógica no formal y la retórica para argumentar en el caso concreto.

El acceso a la justicia, el reconocimiento de derechos y su efectividad, vale decir la tutela judicial efectiva, es inherente al sistema del EDC.

El Poder Judicial es el protagonista en este nuevo panorama y ese protagonismo es tal por la inexorable judicialización del derecho. En ese contexto el control de idoneidades de los jueces debe ser extremado. Ya no alcanza, como en el EDL, con el conocimiento científico que tenga el juez del derecho, sino que hay que reclamarle, por lo complejo y relevante del papel que desempeñan, otro tipo de idoneidades extras.

Así el juez debe ser prudente al aplicar el derecho, sano física y psicológicamente, y principalmente debe mantener una conducta ética.

Según Atienza “...las decisiones jurídicas (en particular, las judiciales) deben ser argumentadas, justificadas, porque ése es un requerimiento del Estado de Derecho. Pero lo que justifica que tengamos un Estado de Derecho no puede ser otra cosa que la satisfacción de los derechos fundamentales de la gente, y eso requiere poner la vista en la transformación social”²¹.

A tenor de las enseñanzas habermasianas en torno a la acción comunicativa, el diálogo racional requiere de cierto compromiso ético de afirmar aquello que se considera racionalmente

²¹ ATIENZA, Manuel. Prólogo al libro de GRAJALES, Amós Arturo y NEGR, Nicolás Jorge, *“Sobre la argumentación jurídica y sus teorías”*. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2018.

correcto, y si apelamos a las enseñanzas aristotélico-tomistas también necesita la elección racional prudencial de un apetito recto en aras de conocer y actuar lo justo concreto.²²

3. HISTORIA DE LA ARGUMENTACIÓN

Ya los griegos hablaban de argumentar²³, para ellos era razonar y llevar a cabo inferencias, su objetivo era especialmente convencer, modificar las ideas, las actitudes, las decisiones o incidir en el actuar de uno o varios interlocutores. Este tipo de argumentación fue desarrollada por los filósofos griegos en diversos escenarios donde se refinaron las artes de componer, manejar la ironía, inventar y argumentar en el desarrollo de sus discursos políticos. Estas acciones generaron gran admiración entre sus contemporáneos y pares; también ha sido una importante fuente de consulta para intelectuales, especialmente los clásicos modernos, quienes se han ocupado de sus cartas y tratados.

Esa forma de entendimiento de la argumentación se extendió hasta fines del siglo XIX. La lógica era algo así como el arte de pensar bien, la retórica el arte de hablar bien y la dialéctica el arte de dialogar bien.

La argumentación retórica era la creación de un argumento para trasmitirlo y convencer en discursos políticos y sociales. Aristóteles desarrollo un estudio organizado de la retórica que luego fue utilizado por los políticos de la edad media.

Quintilianus elaboró las llamadas reglas retóricas, pasando a ser un importante representante de la concepción "técnica". El *Institutio Oratoria* (c. 95 d. C.) fue su gran obra, redactada en doce volúmenes. En los dos primeros libros, Quintiliano estudia los métodos para la formación básica en el campo de la retórica. Dedicó los nueve libros siguientes a los fundamentos y técnicas de la oratoria. En el último libro presenta el conjunto de cualidades que debe reunir quien se dedique a la oratoria, tanto en lo referente al carácter como a la conducta. La finalidad de la retórica era persuadir o llamar la atención para ganar la adhesión del público.

²² VIGO, Rodolfo Luis. *"La Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional"*, Ciudad de México, 2017, Instituto de la Judicatura Federal, pág. 33

²³ Para ampliar ver DEHESA DAVILA, Gerardo y otros. *"Introducción a la retórica y a la argumentación"*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, México, 2010, sexta edición.

La argumentación dialéctica es definida como un tipo de diálogo, que obedece a reglas, en el que se oponen dos participantes: el que responde quien debe defender una aseveración dada; y el que pregunta o cuestiona, quien debe atacarla. En los diálogos de Platón la dialéctica se ve como el esfuerzo por encontrar definiciones a través del método socrático de preguntas y respuestas. Este diálogo es unidireccional: siempre hay un ganador y un perdedor, o sea, es una técnica discursiva con reglas muy bien definidas que se da entre dos personas con intereses comunes: buscar la verdad. La retórica es el equivalente, en el campo de la persuasión, a lo que la dialéctica es en el campo de la demostración. Mientras que la demostración tiene como punto de partida en conocimientos verdaderos, la argumentación, por su parte, tiene como principal premisa las opiniones no probadas, pero admitidas por todos²⁴

La argumentación lógica significa aprehensión, juicio y razonamiento. Está relacionada con una serie de silogismos válidos gracias a un adecuado razonamiento. Sostiene Neil MacCormick al tratar las limitaciones de la aplicación de la norma por subsunción y la necesidad de la interpretación y la argumentación: "De modo que, a fin de cuentas, no es que sea el silogismo jurídico por sí solo lo que determina el resultado del caso. Algunos o todos los términos de la ley tendrán que ser interpretados, y los hechos del caso han de interpretarse y evaluarse para determinar si verdaderamente cuentan, si realmente encajan en la ley..."²⁵

La retórica, antes del siglo XX, era una disciplina que formaba parte de las cátedras dictadas en las diferentes universidades, pero con el auge del saber positivista y los cambios en los ámbitos político y religioso se la comenzó a deslegitimizar como disciplina científica, excluyéndola de los cursos universitarios y dejando su uso a la Iglesia y al Derecho.

Al igual que la retórica, la lógica pasó de ser considerada como "arte de pensar" a "arte de calcular", ya que dejó su principal función rectora y crítica para pasar a formar parte de las matemáticas.

Chaïn Perelman en 1958 publicó su obra donde apunta a un renacimiento de la retórica y la dialéctica como parte de la argumentación y rescata de Descartes el uso de la lógica no sólo para

²⁴ DEHESA DAVILA, Gerardo y otros. *"Introducción a la retórica y a la argumentación"*. Corte Suprema de Justicia de la Nación, México, 2010, sexta edición, página 102.

²⁵ MAC CORMICK, Neil. *"La argumentación silogística. Una defensa matizada"*. DOXA, Nro. 30, 2007, página 332.

las matemáticas; y retoma la diferenciación aristotélica entre: la lógica como ciencia demostrativa frente a la dialéctica y la retórica, en ambos casos arte de lo posible, es decir, de la argumentación.

También en 1958, en Inglaterra, Toulmin publicó “The Uses of Argument”, en donde propone un esquema conocido como el modelo argumentativo de Toulmin, que aporta una visión de la argumentación desde la formalidad y la lógica. Esta alternativa argumentativa ha sido denominada "La argumentación como operación intelectual", pues sitúa la racionalidad en la estructura del esquema.

Este modelo presenta el discurso argumentativo como un conjunto o sistema, formado por varios elementos, que parte de unos datos para llegar a una conclusión avalada por una ley de pasaje o justificación, apoyada por un respaldo. Los calificadores modales aportan un comentario implícito de la justificación, pero señalan las circunstancias en las cuales las justificaciones no son ciertas, es decir, la refutación. Según modelo, en una argumentación se debe partir de datos obtenidos y fenómenos observados que se justifican en función de razones fundamentadas, lo cual se conoce como conocimiento científico aceptado. En el paso que se da entre los datos y la conclusión es donde ocurre el proceso argumentativo, ya que se desarrollan los distintos argumentos.

4. CONCEPTO DE ARGUMENTACIÓN

Como sintetiza Manuel Atienza al describir el primero de los elementos que configuran el concepto de argumentación, argumentar “es un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la necesidad de dar razones: se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello”.²⁶

Para Atienza es “una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis, que se trata de sostener o de refutar.”²⁷

²⁶ ATIENZA, Manuel. *“Curso de argumentación jurídica...”* cit., p. 109.

²⁷ ATIENZA, Manuel. *“El sentido del derecho”*, Barcelona, 2001, Ariel. Pág. 254

Sostiene que es un proceso para solucionar problemas jurídicos que consta de cinco partes: 1- la identificación del tipo de problema que hay que resolver; 2- la determinación de si es una situación en la que existe exceso de información (contradicción) o falta de información (laguna); 3- el establecimiento de una hipótesis o sea, nuevas premisas; 4- la justificación de la hipótesis que implica justificar el paso de las premisas iniciales a las nuevas premisas y 5- el paso de las hipótesis (nuevas premisas), una vez confirmadas o justificadas, a la solución.

Para Perelman la argumentación es una operación que provoca o acrecienta la adhesión de los espíritus a las tesis que se le presenta a su asentimiento. La lógica se deriva de la retórica, y la argumentación jurídica es el paradigma de la argumentación retórica. Perelman señala que el Derecho es discurso y la retórica nos da la clave para entender el discurso jurídico.

Toulmin propone una verdadera teoría de la argumentación donde utiliza instrumentos de la filosofía analítica porque considera que argumentar es esforzarse por configurar una pretensión con una estructura racional sólidamente constituida con la idea de generar buenas razones. Para el argumentar es "... la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, refutando esas críticas, etc...."²⁸

Con Alexy emerge una teoría de la argumentación práctica que aplica los saberes del discurso práctico general al derecho considerando al discurso del Derecho como un discurso práctico especial.

Según Habermas, la argumentación es un acto de habla, es un medio para conseguir un entendimiento lingüístico, que es el fundamento de una comunidad intersubjetiva donde se logra un consenso que se apoya en un saber proporcional compartido, en un acuerdo normativo y una mutua confianza en la sinceridad subjetiva de cada uno.

Dice Habermans "Los argumentos son los medios con cuya ayuda puede obtenerse un reconocimiento intersubjetivo para la pretensión de validez que el proponente plantea por de pronto de forma hipotética, y con los que, por tanto, una opinión puede transformarse en saber".²⁹

²⁸ Citado por ATIENZA, Manuel. *"Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica"*. 2005, México, UNAM, página 106

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *"Teoría de la acción comunicativa"*. Tomo I "Racionalidad de la acción y racionalidad social", Buenos Aires, Ed. Taurus, 1989, página 47.

Toda argumentación conlleva un argumento que es exteriorizado con la finalidad de convencer al auditorio³⁰.

La argumentación les otorga legitimidad a las pretensiones, demandas, de las partes y a las resoluciones, sentencias, de los jueces.

Sostiene Atienza que no se trata simplemente de decidir, sino de acompañar las decisiones con argumentos que funden y sostengan la decisión; que la legitimen. Argumentos que, por otro lado, son de tipo distinto, puesto que no se argumenta de la misma manera desde la instancia legislativa que desde la judicial, ni tampoco, en este último caso, si se trata de un tribunal de primera instancia, de apelación, de una corte constitucional, etc.

5. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN

Las teorías de la argumentación han consolidado una doble dimensión en la justificación de los discursos jurídicos, por un lado, la llamada “justificación interna” que controla la conexión lógica o formal entre los diferentes enunciados o premisas que los componen; y por el otro, la “justificación externa” cuyo objeto son precisamente los argumentos o razones con las que se intenta justificar, fundamentar o motivar racionalmente a aquellas premisas o enunciados.³¹

Manuel Atienza sostiene las teorías de la argumentación, conforme las concepciones de derecho que se asuman se diferencian entre teorías formalistas y teorías realistas, por un lado, y entre teorías objetivas y subjetivas por otro y que, “en cierto modo, la teoría de la argumentación jurídica viene a ser la versión contemporánea de la vieja cuestión del método jurídico.”³²

Aclaran Ferrajoli y Atienza que: “De hecho, lo que puede llamarse teoría de la argumentación jurídica parte de una distinción clara (que no suele encontrarse en los cautivadores más tradicionales de la metodología jurídica), por un lado, entre la decisión (judicial) y el discurso referido o conectado con la decisión; y, por otro lado (en el plano del discurso), entre el de carácter justificativo y el descriptivo y explicativo; la teoría de la argumentación jurídica de nuestros días

³⁰ No desarrollaremos las teorías sobre el auditorio por exceder el objeto de este trabajo.

³¹ VIGO, Rodolfo L. *“Interpretación...”*, Óp. Cit., pág. 50

³² ATIENZA, Manuel. *“Las Razones del Derecho”*. México. Universidad Nacional de México. 2005, pág. 106

se ocupa, casi exclusivamente, del discurso justificativo de los jueces, esto es de las razones que ofrecen como fundamento –motivación– de sus decisiones (el contexto de la justificación de las decisiones), y no de la descripción y explicación de los procesos de toma de decisión (el contexto del descubrimiento que exigirían tomar en cuenta factores de tipo económico, psicológico, ideológico, etcétera).³³

Siguen sosteniendo que hay por lo menos tres perspectivas (relativamente distintas entre sí) desde las que puede examinarse una teoría de la argumentación jurídica. La primera se refiere a su contenido o campo de aplicación. Quien se sitúa en esta perspectiva y se plantea, en consecuencia, la cuestión de qué es lo que explica la «teoría estándar de la argumentación jurídica» (y con este concepto pretendo aludir a la teoría elaborada por autores como Aulis Aarnio, Robert Alexy, Neil MacCormick o Aleksander Peczenik, para citar a los que cabe considerar como más influyentes en la última década) podría contestar diciendo que todas ellas (con diversos grados e intensidades) son teorías que estudian los aspectos normativos (entendiendo por tal la argumentación que se contiene en los «fundamentos de Derecho») de la justificación o fundamentación de las decisiones tomadas por órganos judiciales situados en los niveles más altos de la administración de justicia.

La segunda perspectiva se refiere a los métodos o instrumentos utilizados por la teoría estándar; por lo tanto, la cuestión no es ya: ¿qué es lo que explica la teoría?, sino ¿cómo lo explica?

Finalmente, la tercera perspectiva concierne a los resultados obtenidos por la teoría estándar de la argumentación jurídica. Quien se sitúa en este punto de vista se plantea la cuestión de para qué sirve esta teoría.³⁴

Tasia Aránguez Sánchez³⁵ sostiene que la teoría de la argumentación actual, cuyo corpus teórico fundamental es denominado “teoría estándar”³⁶, aspira a un acercamiento entre la

³³ ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi. *“Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, pág. 5

³⁴ ATIENZA, Manuel. *“Para una teoría de la argumentación jurídica”*, DOXA, Nro. 8, 1990, pág. 39-61.

³⁵ ARANJUEZ SANCHEZ, Tasia. ¿Es necesario un giro aretaico de la teoría de la argumentación jurídica? en DOXA, nro. 40, 2017, página 338

³⁶ Nota del texto ut supra citado. Como señala atienza la llamada «teoría estándar» surgió como rechazo a entender el razonamiento jurídico en términos estrictamente lógico-formales. Los predecesores de la teoría estándar de la argumentación jurídica se opusieron a la reducción de la misma al razonamiento deductivo. Así, recaséns siches defendió la idea del logos de lo razonable frente al logos de lo racional. viehWeg sostuvo que lo peculiar del razonamiento jurídico se encuentra en la noción tradicional de tópica, que no se refiere a las estructuras internas de los argumentos, sino a las nociones comúnmente aceptadas y consideradas razonables por parte de la comunidad. perelman, por su parte, siguiendo a aristóteles, contrapuso los argumentos lógicos a los retóricos, estos últimos no buscarían establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino mostrar el carácter razonable de una determinada decisión. M. Atienza, curso de argumentación jurídica, Madrid: Trotta, 2013, 31

disciplina retórica y la argumentación dialéctica, y sigue diciendo que esta fusión podría tener la ventaja de aportar a la retórica la oportunidad de parecerse a la dialéctica, volviéndose más ética y más racional y que la teoría estándar trata de purificar la retórica aproximándola a la ética discursiva (dialéctica) de autores como Habermas y Alexy

5.1 Teoría de Theodor Viehweg – Concepción tópica del razonamiento jurídico

Nos dice Dehesa Ávila³⁷ que ya Aristóteles hablaba de tópicos y sostenía que eran puntos de vista utilizables y aceptados universalmente que se servían para fundar posturas tendientes al desentrañamiento de la verdad.

Para Viehweg el derecho es argumentación y ese argumentar constitutivo de lo jurídico es, en lo esencial, un argumentar con tópicos o lugares comunes. Esos *topoi* son argumentos estandarizados y consolidados en la práctica gremial y social y que, por sí y con su mera mención en el discurso, suscitan un eco favorable en el auditorio, parten de cierto consenso presupuesto.³⁸

Viehweg entiende la tópica como una técnica de pensamiento para la resolución de un problema. Cree que problema es una cuestión a la que preliminarmente le caben más de una respuesta y que necesita de un desarrollo previo de deducciones y contestaciones para arribar a la solución. A ese proceso le denomina sistema.

Reconoce dos grados de tópica, la de primer grado que es simple y ocasional y la de segundo grado que cataloga puntos de vista, creando, en términos de Viehweg, una jurisprudencia regular.

La Tópica implica una interpretación, abriendo nuevas posibilidades y ofreciendo nuevos puntos de vista. Las premisas de las que se parte se legitiman con argumentos ya que para probarlas se exige una operación lógico-deductiva. Viehweg cree esencial la Tópica para la interpretación de normas y principios y para llenar las lagunas que todo sistema tiene, y que toda disciplina establece puntos de vistas, tópicos o lugares comunes, desde donde inician los debates.

³⁷ DEHESA DAVILA, Gerardo y otros. *"Introducción a la retórica y a la argumentación"*. Corte Suprema de Justicia de la Nación, México, 2010, sexta edición, página 102.

³⁸ VIEHWEG, Theodor. *"Topik und Jurisprudenz"*, traducción castellana de L. Díez-Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1963

El autor concluye que es éste un modo de pensar de tipo problemático, integrado por proposiciones y conceptos. La falta de sistemática que caracteriza a la Tópica se utilizó para criticar esta corriente.

Lo esencial de la Tópica es la discusión, buscar argumentos para la respuesta querida, introducirlos y resolver conforme a ellos.

Según esta teoría lo decisivo para el derecho es la solución de los problemas partiendo de premisas. Las decisiones tienen una justificación interna que surge de premisas aceptadas y una justificación externa formadas por premisas descubiertas para el caso concreto.

No hay una sola solución para los casos concretos, sino que se descubren luego de argumentar en un debate. Con esta postura el derecho no sería ciencia, y la Tópica sería una técnica del pensamiento problemático esencial para la resolución de problemas.

Se le cuestiona que no siempre se obtiene consenso a la hora de determinar los Tópicos y que tampoco los catalogó o sistematizó.

5.2 Teoría de Chaïm Perelman – La nueva retórica

Chaim Perelman desarrolló un intento de complementar la lógica formal con una teoría de la argumentación. Sostiene que la retórica tiene por objeto el estudio de técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento.

Sostiene que se pueden ofrecer argumentos racionales sin apelar a la deducción lógica, para ello la retórica trata de persuadir utilizando el discurso. Se puede partir de premisas lógicamente demostradas o de premisas sostenidas en valores y se intenta convencer a un auditorio universal. El auditorio se define como el conjunto de aquellos sobre los que el orador quiere influir por su argumentación³⁹.

³⁹ “ En algunas ocasiones, Perelman parece haber dado a entender que el auditorio universal estaría constituido, sin más, por “todos los seres de razón”, de manera que el acuerdo de ese auditorio (no un acuerdo fáctico, puesto que se trata de un auditorio ideal) vendría a coincidir con el consenso al que apunta la situación ideal de diálogo habermasiana; Perelman puede, de esa manera, establecer una diferencia entre los argumentos simplemente persuasivos (que persuaden de hecho a un auditorio) y los argumentos convincentes (que persuadirían al auditorio universal, aunque quizás no logren persuadir a los auditorios particulares) o, dicho de otra forma, entre la eficacia y la validez de la argumentación. Pero, otras veces, lo que subraya es que

Nos dice que: “*El auditorio universal, lo constituye cada uno a partir de sus semejantes, de manera que trasciende las pocas oposiciones de las que tiene conciencia. Así cada cultura, cada individuo posee su propia concepción de auditorio universal, y el estudio de estas variaciones sería muy instructivo, pues nos haría conocer lo que los hombres han considerado, a lo largo de la historia, real, verdadero y objetivamente válido*”.⁴⁰

Ese auditorio universal tiene reglas de exigencia que lo hacen propio, éstas son: a) la igualdad de derechos de las partes, se refiere a que quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso; b) la universalidad, que se refiere a la libertad de la discusión en cuanto a que todos pueden introducir problemas, todos pueden introducir aserciones y todos pueden expresar deseos, necesidades, opiniones; c) no coerción, que refiere a que los hablantes no están sujetos a coerción alguna.

Perelman retoma la clasificación clásica de los tres géneros oratorios de acuerdo a su auditorio: el deliberativo (ante una asamblea), el judicial (ante los jueces) y el epidíctico (ante espectadores que no tienen que pronunciarse), ya que dependiendo del género al que pertenezcan, la argumentación, y en sí, la retórica tendría que ajustarse con el objeto de apuntalar la concatenación de argumentos que logren la penetración del objetivo central del orador; es decir, la adhesión (persuasión y/o plausibilidad) del público al discurso.

Perelman no se queda con la clasificación clásica de los tres géneros de auditorios, sino que construye una clasificación propia; distinguiendo a la argumentación, según su auditorio como: la argumentación ante un auditorio universal, la argumentación ante un único oyente y la deliberación con uno mismo, así como la argumentación para un auditorio particular.

Trata de elaborar una lógica de los juicios de valor a partir de entender el razonamiento humano con respecto a los valores.

Distingue entre persuadir y convencer, otorgando solo a la argumentación convincente el carácter de argumentación racional. Así denominan persuasiva la argumentación que no pretende valer más que para un auditorio particular y convincente la que se considera obtendrá la adhesión

el auditorio universal es una construcción del orador (por eso tiene un carácter “ideal”) que depende de las ideas de individuos particulares y procedentes de diversas culturas, de manera que no habría un único auditorio universal (cada orador construye el suyo que, además, puede ir modificando..” .ATIENZA, Manuel. “Sobre la única respuesta correcta”. Rev. jurid. Manizales (Colombia), 6(2): página 16, julio-diciembre 2009.

⁴⁰ PERELMAN, Chaim. *“Tratado de la argumentación”*, Madrid, Ed. Gredos, 1989, página 75.

de todo ser de razón. El auditorio universal es una representación que se hace el orador de un receptor ideal.

Los argumentos que convencen al auditorio universal deben ser absolutos y válidos en cualquier situación y lugar.

5.3 El modelo argumentativo de Stephen Toulmin

Toulmin formula un modelo de esquema argumentativo en el que explica el desarrollo de ese proceso. Parte de evidencia, datos, para llegar a la elaboración de una aserción, causa o tesis. Es esencial el proceso de paso de la evidencia a la aserción para demostrar la línea argumental exitosa. Al proceso se le introduce una garantía de conexión de los elementos de la línea argumental.

Señala que en un argumento se distinguen cuatro elementos:

1. La pretensión o aserción. Es el punto de partida y de llegada del proceso.
2. Las razones. Son los motivos relevantes y suficientes a favor de la pretensión. Los hechos del caso.
3. La garantía. Son reglas, principios, enunciados generales, definiciones o máximas de experiencia que permiten o autorizan el paso de las razones a la pretensión. También pueden ser presunciones legales o jurisprudenciales y teorías.

Se pueden expresar por medio de juicios hipotéticos, “si... entonces...”

4. Respaldo. Muestra de qué manera se puede argumentar a partir de los hechos, son las normas, tesis, principios o derechos fundamentales.

Toulmin desarrolla dos tipos de análisis de argumentos: a). El simple. En el que se distinguen los cuatro elementos, las razones no son teorías sino hechos. b) El general: En el que los elementos conclusión, pretensión puede tener un grado mayor o menor de certeza para lo que se le agregan “cualificadores” (presumiblemente, plausiblemente, parece) y la fuerza de los argumentos se puede ver disminuida por “condiciones de refutación” (salvo que, si no).

5.4 La teoría de Robert Alexy – El discurso racional

Esta teoría desarrollada por Robert Alexy, que parte de la teoría del discurso de Habermas, hace hincapié primordialmente en el mecanismo procedimental de la racionalidad del discurso, no tanto de la decisión.

MacCormick explica a Alexy diciendo “Se trata de la llamada «tesis del caso especial», sugerida por Robert Alexy⁴¹. Según esta tesis, la argumentación jurídica tiene que ser reconocida como un caso especial del razonamiento práctico general y debe, por tanto, conformarse a las condiciones de racionalidad y razonabilidad que se aplican a todos los tipos de razonamiento práctico. Esto implica, como mínimo, que no puede haber afirmaciones sin razones; cualquier afirmación puede ser cuestionada, y en tal caso, debe ofrecerse una razón a favor de lo que se afirma, bien se trate de la afirmación de alguna pretensión normativa o bien de algún estado de cosas, de alguna «cuestión de hecho»⁴².

Se deducen las premisas necesarias para la justificación de la decisión de un sistema establecido de proposiciones. Este procedimiento no garantiza la certeza de la conclusión sino solamente se centra en el proceso, para el cual establece reglas.

Comienza desarrollando una teoría de la argumentación practica general para pasar a la específicamente jurídica.

La teoría del discurso práctico general está basada en un concepto de racionalidad que gira sobre seis principios: consistencia, eficiencia, revisabilidad, coherencia, generalidad y sinceridad. Mientras que las reglas discurso jurídico, según Alexy, no son más que las reglas generales adaptadas al sistema legal.

Distingue dos fases del juicio de justificación, una interna y otra externa. La externa meramente formal analiza el camino lógico recorrido para arribar a la conclusión, aquí atiende al silogismo. La interna se refiere a la corrección de las premisas que figuran como punto de partida

⁴¹ Véase ALEXY, Robert. *“Theory of legal Argumentation”* (Oxford: Clarendon Press, 1989, trad. R. Adler y N. MacCormick), pp. 5-10, 212-220, 294-295, Y N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1978, 2.ª ed., 1994), tratando sustancialmente la misma cuestión (pp. 272.274); la *Theorie der juristischen Argumentation* de Alexy fue publicada por primera vez en 1978, casi exactamente contemporánea a *Legal Reasoning and Legal Theory*, de modo que cada cual llegó prácticamente a las mismas tesis a partir de procesos de descubrimiento independientes.

⁴² MAC CORMICK, Neil. *“Retórica y Estado de Derecho”* *Revista Isegoría*, 1999, nro. 21, página 9.

de la justificación interna, que pueden ser: normas de derecho positivo, proposiciones empíricas y premisas que no entran en ninguna de las anteriores categorías.

Alexy desarrolla veintidós reglas del discurso racional que a su vez deben ser fundamentadas y entiende cada una se fundamenta en una de las teorías de la razón práctica, pero omite tratar el problema de los hechos, vale decir, de las razones empíricas y la influencia de estas en la conclusión.

Sostiene Atienza al analizar las reglas de Alexy que esas reglas no sólo se refieren a las proposiciones sino al comportamiento del hablante lo que significa que no son solo reglas semánticas sino también reglas pragmáticas.⁴³

Para los problemas existe una única respuesta correcta que tiene el sentido de un ideal regulativo que rige en el discurso práctico racional conjugado con una moralidad universalista, esta conclusión será correcta "si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento P"

La clave para que el resultado sea racional consiste en que la norma particular o la aserción que se pretende fundamentar sea también racional. Pero que el resultado sea racional no significa que sea absolutamente correcto.

Alexy se separa de otros autores que desarrollan el discurso racional cuando sostiene que el proceso de decisión puede incluir la posibilidad de la modificación de las convicciones normativas de los individuos, existentes al comienzo del procedimiento. Sostiene que las convicciones fácticas y normativas (así como sus intereses) pueden ser modificadas en virtud de los argumentos presentados en el curso del procedimiento.

Alexy agrupa las reglas generales y las formula en:

A. Universales:

A.1. Ningún hablante puede contradecirse.

A.2. Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

A.3. Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual en todos los aspectos relevantes.

⁴³ ATIENZA, Manuel. *"Las razones del derecho"*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, página 184 y ss.

Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.

A.4. Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

B. Las reglas de razón, definen las condiciones más importantes de la racionalidad del discurso:

B.1. La fundamentación, todo hablante debe fundamentar lo que afirma.

B.2. Igualdad de derechos, todos pueden ser hablantes.

B.3. Universalidad, a nadie se le puede impedir ser hablante.

B.4. No coerción.

C. Las reglas técnicas sobre la carga de la argumentación que se consideran intuitivas:

C.1. Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo.

C.2. Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

C.3. Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contrargumentos.

C.4. Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifiesto.

En una etapa posterior Alexy introduce, el modelo de los principios de razonabilidad práctica en los que distingue tres momentos: el de las ideas, el de los principios y el de las reglas.

En este sentido agrega las veintidós reglas de argumentación seis principios que explican y fundamentan el discurso:

1. el principio de consistencia o de no contradicción;

2. el principio de eficiencia, que se refiere, por un lado, a la eficiencia de la comunicación que tiene lugar en el discurso y, por otro, a la eficiencia de las propuestas normativas efectuadas durante el discurso;
3. el principio de contrastabilidad (testability);
4. el principio de coherencia, según el cual la conexión entre los enunciados y las teorías debe ser tan comprensiva y cohesiva como sea posible;
5. el principio de generalizabilidad y
6. el principio de sinceridad.

Las normas son —diría Alexy— mandatos definitivos en tanto precisan las conductas con las que se satisface exhaustivamente la exigencia de esta, sin que haya ningún remanente; así las normas se aplican a todo o nada en tanto sólo cabe que se dé o no se dé un caso de los previstos en las mismas. Se caracterizan por su determinación, esta calidad o propiedad implica que las reglas prescriben sus condiciones de aplicación y consecuencias jurídicas. Su forma de aplicación es la subsunción, por ello, si la regla es válida debe ser cumplida; o sea, deben realizarse las acciones o estados de cosas que ordena. Las reglas tienen un carácter binario; se aplican o no se aplican.⁴⁴

Los principios se entienden como “mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario”.⁴⁵ Los derechos humanos atienden a esta estructura; no son reglas de conducta en el sentido tradicional (de todo o nada), sino mandatos de optimización.

Las cuestiones entre colisión de reglas, o sea que lleven a soluciones incompatibles, se solucionan: a) por tener el sistema una regla de excepción, b) por la jerarquía de las normas del sistema, y c) en el supuesto de igualdad de grado, con base en cánones jurídicos.⁴⁶

⁴⁴ ALEXY, Robert, ALONSO, Juan Pablo y RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (coord.). *“Argumentación, derechos humanos y justicia”*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, página 256.

⁴⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. *“La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”*, en Enrique Cáceres Nieto et al. (coords.), *“Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005, pp. 17-18

⁴⁶ ALEXY, Robert, ALONSO, Juan Pablo y RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (coord.). *“Argumentación, derechos humanos y justicia”*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, página 257.

En el caso de colisión de principios, la solución resulta de establecer una relación de precedencia condicionada entre ambos principios o derechos, o sea ninguno de ellos se excluyen, sino que uno precede o tiene prioridad sobre el otro si se cumplen determinadas circunstancias.⁴⁷

Desarrolla una teoría específica aplicable a las cuestiones en las que están en juego principios que denomina “formula del peso” y según la cual se les otorga valor tasado a las argumentaciones de principios. El “peso” está determinado por las condiciones de precedencia condicionada,

5.5 Teoría integradora de Neil MacCormick

MacCormick parte de la razón práctica kantiana y reconoce que, entre la teoría ultra racionalista de Dworkin que sostiene la existencia de una única respuesta correcta y la irracionalista de Ross⁴⁸ que sostiene que las decisiones jurídicas son arbitrarias, debe haber un término medio integrador del elemento valorativo.

Elabora una teoría de la argumentación que divide en argumentación práctica en general, y la argumentación jurídica en particular, ambas para MacCormick, esencialmente, una función de justificación. Entonces justificar sería demostrar que las decisiones adoptadas además de ser racionalmente válidas aseguran justicia. Esa justicia no es producto de una cadena de razonamiento lógico, sino que implican una referencia a nuestra naturaleza afectiva y que encierran, por tanto, una dimensión subjetiva. A pesar de esa dimensión subjetiva no son puramente emocionales, sino que deben tener característica de universalidad.

Para MacCormick el término lógico se usa en dos sentidos, en lo que respecta al razonamiento lógico deductivo en relación con los argumentos, pero habría otro sentido en el que la lógica viene a equivaler a justa.

En definitiva, una decisión jurídica cuando menos tiene que estar justificada internamente, y que la justificación interna es independiente de la justificación externa en el sentido de que la primera es condición necesaria, pero no suficiente, para la segunda.

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ ATIENZA, Manuel. “Curso de argumentación jurídica”. 2015, Vol. Edición digital. Madrid: Trotta, página 516 y ss.

Sostiene también que, además de casos fáciles en los que es fácil resolver y justificar las decisiones existen casos difíciles

MacCormick divide los casos difíciles según presenten problemas en la norma que los divide en problemas: 1) de relevancia (si existe o no norma que se aplique) 2) de interpretación (no hay duda respecto de la norma, pero ésta se puede entender en distintos sentidos) o 3) bien se presenten problemas con los hechos (premisa práctica) que divide en: a) problema de prueba (estado de causa conjetural) o b) problema de cualitativo (estado de causa definicional).

En los casos difíciles es necesario cumplir con el requisito de universalidad, la decisión debe ser consistente y coherente con el sistema y también con relación al mundo (consecuencialista).

MacCormick, siguiendo a Hare, aclara que universalidad no es lo mismo que generalidad, pues la universalidad es un requisito de tipo lógico e implica que puedan formularse como un enunciado universal, precisamente por ello, decidir según criterios de equidad no significa vulnerar el principio de universalidad.

Este principio de universalidad se da también en materia de prueba de los hechos de forma que siempre que se prueben tales hechos se obtendrá tal decisión.

En cuanto a la consistencia, es cumplida cuando las premisas normativas no colisionan con normas establecidas.

En lo que respecta a la coherencia, conviene distinguir entre coherencia normativa y coherencia narrativa.

Una norma es coherente si es consecuente con una serie de principios o valores que lleven a una forma de vida satisfactoria. La coherencia narrativa suministra un test en relación con cuestiones de hecho cuando no cabe una prueba directa, por observación inmediata, de las mismas.

En la idea de coherencia normativa se basan dos tipos de argumentos que juegan un papel muy importante en la resolución de los casos difíciles: los argumentos a partir de principios y los argumentos por analogía.

Las reglas aseguran un fin valioso o algún modelo general de conducta deseable y los principios expresan el fin por alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta.

Los principios sirven para justificar decisiones de casos difíciles, pero no son tan concluyentes como serían las normas porque los principios dependen de valoraciones

Según MacCormick no puede pretenderse que para cada caso difícil existe una única respuesta correcta porque no se puede justificar racionalmente una elección entre principios. En este tipo de decisiones juegan además virtudes humanas como la humanidad, la justicia, la compasión, valentía o el buen juicio.

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE MANUEL ATIENZA

Para entender la concepción de Manuel Atienza con respecto a las teorías de la argumentación hay que comenzar por mencionar lo que para él es el derecho. Trata de considerar al Derecho como una herramienta de la razón práctica que interviene en la resolución de problemas que emanan de la necesidad de justificación de las decisiones y pretensiones de los operadores del sistema jurídico, particularmente de los jueces. Nos dice que “El Derecho no es, claro está, únicamente argumentación. Pero destacar este aspecto tiene particular importancia para dar cuenta de los fenómenos jurídicos en las sociedades democráticas y para suministrar a quienes operan dentro del Derecho, a los juristas prácticos, instrumentos que permitan guiar y dar sentido a su actividad. Pues el Derecho, en todas sus instancias —legislativa, jurisdiccional, doctrinal, etc.—, puede considerarse como un entramado muy complejo de decisiones —vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos— y de argumentos, esto es, de razones a favor o en contra de esas (o de otras) decisiones”.⁴⁹

Manuel Atienza habla de cuatro enfoques del derecho, a saber: estructural, sociológico, valorativo y dinámico. Este cuarto enfoque consiste en ver al derecho como una técnica para la solución de problemas prácticos; se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del derecho, que informa a los otros tres enfoques y, además, conduce a considerar el derecho como argumentación.⁵⁰

A partir de aquí desarrolla dos conceptos, el de contexto de descubrimiento y el de contexto de justificación⁵¹. El contexto de descubrimiento supone la necesidad de conocer el proceso interno, que implica relevar las condiciones internas del juzgador como su religión y sus vivencias, que ha llevado a un juez a decidir un caso en determinado sentido y no en otro; y el contexto de justificación se interesa por conocer cómo es que un operador judicial ha justificado en términos argumentales su decisión, con independencia de sus creencias, intereses y valores. Es decir, saber

⁴⁹ ATIENZA, Manuel. *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Ed. Trotta edición Digital, 2013, pág. 19

⁵⁰ ATIENZA, Manuel. *“El sentido del derecho”*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2003, pp. 251 y 252

⁵¹ Estos conceptos ya venían siendo desarrollados por quienes sostienen la teoría estándar de la argumentación. Ver ATIENZA, Manuel. *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Ed. Digital, 2013, pág. 114 y ss.

si esos razonamientos, que aparecen en los considerandos de las sentencias, autorizan el paso a una determinada solución o conclusión.

Como más arriba explicamos, sostiene que hay tres formas de mirar la argumentación. La primera se refiere a su contenido o campo de aplicación. Quien se sitúa en esta perspectiva y se plantea, en consecuencia, la cuestión de qué es lo que explica la “teoría estándar de la argumentación jurídica” (y con este concepto pretendo aludir a la teoría elaborada por autores como Aulis Aarnio, Robert Alexy, Neil MacCormick, o Aleksander Peczenik, para citar a los que cabe considerar más influyentes en la última década) podría contestar diciendo que todas ellas (con diversos grados e intensidades) son teorías que estudian los aspectos normativos (entendiendo por tal la argumentación que se contiene en los “fundamentos del derecho” de la justificación o fundamentación de las decisiones tomadas por órganos judiciales situados en los niveles más altos de la administración de justicia.⁵²

La segunda perspectiva se refiere a los métodos o instrumentos utilizados por la teoría estándar; por lo tanto, la cuestión no es ya: ¿qué es lo que explica la teoría?, sino ¿cómo lo explica?⁵³ y la tercera perspectiva concierne a los resultados obtenidos por la teoría estándar de la argumentación jurídica. Quien se sitúa en este punto se plantea la cuestión de para qué sirve esta teoría.⁵⁴

El desarrollo que Atienza realiza para conformar su teoría de la argumentación jurídica es la sumatoria de diversas perspectivas de pensamiento y de enfoques conceptuales, con la que logra dotar de un dinamismo particular a la argumentación jurídica.

Construye su teoría de la argumentación jurídica con poco o nada de las construcciones deductivas de la lógica-formal. En su línea de pensamiento o construcción de proceso del conocimiento toma como referencias a la tópica y la retórica, como medios de construcción abierta que sirven para datar de nuevos enfoques a la ya construida estructura de la lógica formal. Se centra esencialmente en cuestiones de interpretación y no en las relativas a la calificación o prueba de los hechos.⁵⁵

⁵² ATIENZA, Manuel. *“Para una teoría de la argumentación jurídica”*. *Doxa*, nro. 8, 1990. Pág. 39

⁵³ *Ídem* pág. 40

⁵⁴ *Ídem* pág. 40

⁵⁵ ATIENZA, Manuel. *“Argumentación legislativa”*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 2019, página 76

Crítica "... hoy es frecuente contraponer el enfoque lógico de la argumentación a otros de carácter retórico, tópico, comunicativo, etc. y aquí seguiré básicamente ese uso, bastante sólidamente establecido, por lo demás. Dicho en forma aproximativa, la lógica –lógica formal– entiende los argumentos como encadenamientos de proposiciones, en los que, a partir de algunas de ellas (las premisas) se llega a la otra (la conclusión). Otros enfoques pueden consistir en ver a la argumentación, como una actividad, como una técnica o un arte (el *ars inviniendi*) dirigido a establecer o descubrir las premisas; como una técnica dirigida a persuadir a otro u a otros de determinada tesis; o como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe desarrollarse conforme a ciertas reglas."⁵⁶

Manuel Atienza nos habla sobre la tónica y su íntima relación con la argumentación retomando los estudios previos de Aristóteles y Cicerón; sin embargo, también manifiesta lo que podríamos llamar una nueva tónica, que surge a partir de la obra de Viehweg, la cual se concretiza como un contrasentido a la sistemática-deductiva y, por ende, también del conocimiento occidental, que con el paso a la racionalidad moderna ha ido dejando a la tónica sin relevancia e influencia en la generación de conocimiento.

La estructura que esquematiza Atienza sobre la tónica tiende a ser una búsqueda y examen de premisas que se concretizan en una sola respuesta desde tónicos alejados del argumento interno, es decir, estos se inclinan a los argumentos o interpretaciones externas.

A pesar de los aportes de la tónica a la construcción de la teoría de la argumentación de Atienza, éste profundiza la formulación de la construcción de una teoría de la argumentación desde el estudio de la retórica.

Considera a la argumentación tanto en su dimensión formal como en la material y en la pragmática entendiendo que un enfoque así permite aprovechar la teoría de la argumentación en otras disciplinas.

⁵⁶ ATIENZA, Manuel. *"El derecho como argumentación"*, México, Fotamara, 2012, p. 68.

6. DIMENSIONES DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE MANUEL ATIENZA

Hemos adelantado que Manuel Atienza entiende a la teoría de la argumentación desde tres concepciones, en las que también enrola a las distintas teorías según a cuál de ellas les da preeminencia.

6.1 Concepción formal

Nos dice que el proceso de la argumentación estándar se concentra principalmente en la norma, es decir, en la creación de argumentos, así como su concatenación en torno a supuestos normativos, los cuales tienen la función de justificar el uso interpretativo de una norma jurídica. En ese tenor, la argumentación estándar parte fundamentalmente desde la pretensión unívoca de la norma positiva, y por ende la argumentación consiste en un proceso de comprensión de índole analítico.

Atienza explica: “La concepción formal (ejemplo paradigmático, pero no único: la de la lógica deductiva estándar) ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar (en el sentido de que se hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión); responde al problema de si a partir de enunciados -premisas- de tal forma se puede pasar a otro -conclusión- de otra determinada forma; los criterios de corrección vienen dados por las reglas de inferencia; y lo que suministra son esquemas, formas, de los argumentos.”⁵⁷

Esta concepción, en la argumentación jurídica, se refiere a la dimensión lógica de la argumentación, en la que la pregunta fundamental es si la conclusión se deriva de las premisas, la podemos observar perfectamente en el silogismo jurídico sobre el cual se basa la aplicación del derecho bajo una concepción jurídica positivista formal, asumiendo la validez de las premisas (normas) como algo ya completamente dado o como un producto de la verdad acabada,

⁵⁷ ATIENZA, Manuel. *“Argumentación legislativa”*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, página 92

concretándose únicamente a hacer una subsunción al caso concreto arrojando como resultado una conclusión definitiva entre las premisas.

Una argumentación que se enfoque únicamente en los aspectos involucrados con la norma positiva restringe el acercamiento de un modelo argumentativo que tenga en consideración factores ajenos a la norma, los cuales también tienen relación con el objeto de estudio, tales como los factores contextuales, circunstancias y hechos.

6.2 Concepción material

Cárdenas García nos dice que la función de la concepción material consiste en tratar de justificar las premisas no ya mediante el silogismo o formas lógicas divergentes. La justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan determinar la corrección del razonamiento. Así como, desde el punto de vista formal, los argumentos se entienden como relación entre proposiciones, en la concepción material se trata de relaciones entre razones, creencias, actitudes o acciones. El razonamiento no es una inferencia regida por reglas formales sino un procedimiento para resolver un conflicto entre razones⁵⁸ y así determinar en qué tipo de condiciones tal tipo de razón prevalece sobre otro.⁵⁹

Las razones de los argumentos serían las premisas, pero no consideradas como simples enunciados lingüísticos, sino como aquello de lo que depende que éstos puedan calificarse como verdaderos o correctos. Y eso no puede ser otra cosa que algún “hecho”, vale decir, lo que tiene algún tipo de existencia por eso se puede afirmar que las razones son hechos. Puede hablarse entonces de distintos tipos de hechos y, por lo tanto, de razones. Hay hechos del mundo externo, hechos físicos, que pueden ser independientes de la voluntad (sucesos naturales) o dependientes de la voluntad (acciones humanas). Pero hay también hechos del mundo interno, hechos psicológicos, que pueden consistir en estados mentales (deseos, intenciones, creencias, emociones) o en acciones mentales (calcular o decidir). O hechos del mundo institucional (dependientes de que existan normas, instituciones; los otros serían hechos naturales o hechos brutos), como

⁵⁸ CARDENAS GARCIA, Jaime. *“La argumentación como derecho”*, México DF, 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 21

⁵⁹ ATIENZA, Manuel. *“Argumentación legislativa”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, página 93

promesas, deberes o el “hecho” de estar casado o de ser juez. Y, también existen hechos generales o complejos que pueden verse como relaciones entre hechos simples (naturales o institucionales); es lo que ocurre con las normas (quizás también con los valores), con las leyes científicas o con las máximas de experiencia.⁶⁰

Siguiendo ese razonamiento práctico existirían razones operativas y razones auxiliares⁶¹; estas últimas vienen a ser como medios para satisfacer una razón operativa y a su vez, éstas ayudan a identificar las premisas superfluas. Una razón completa sería, entonces, el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido.

También distingue entre razones jurídicas sistemáticas y extra-sistemáticas. Las sistemáticas serían las razones normativas válidas. Dentro de los enunciados de carácter normativo desarrolla una distinción entre normas regulativas (deónticas) y las constitutivas. Las normas regulativas las subclasifica en reglas y principios y, tanto las reglas como los principios, son divididos a su vez en de acción o de fin.

Todas las normas regulativas funcionan en la argumentación como razones operativas, pero con distinta fuerza: las reglas son razones perentorias aunque en algún caso pueden ser derrotadas; y los principios, razones no perentorias; además, las reglas son, básicamente, razones independientes del contenido, razones formales o autoritativas; mientras que los principios son, esencialmente, razones dependientes del contenido, razones sustantivas que, a su vez, pueden ser de corrección (los principios en sentido estricto) o de fin (las directrices). Por el contrario, las normas constitutivas funcionan como razones auxiliares: tanto si se trata de reglas que confieren poder (para realizar un contrato, un testamento, etc.) como si son normas meramente constitutivas; un ejemplo de esto último —de normas puramente constitutivas— son las presunciones (iuris tantum o iuris et de iure).⁶²

En esta concepción se considera también la relevancia y peso de las razones. La relevancia de las premisas supone tres componentes: la aplicabilidad, la interpretación y la validez. La cuestión del peso se plantea en relación con los casos difíciles. En esos supuestos se necesita

⁶⁰ ATIENZA, Manuel. *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Ed. Digital, 2013, pág. 479

⁶¹ Denominación tomada de Joseph RAZ. ATIENZA, Manuel. *“Curso de argumentación jurídica”*.2015, Vol. Edición digital. Madrid: Trotta, página 279, y ss., 295

⁶² ATIENZA, Manuel. *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Ed. Trotta Digital, 2013, pág. 281

recurrir a los principios, que son razones no perentorias, esto es, se necesita ponderar, sopesar, las diversas razones concurrentes para determinar cuál tiene un mayor peso.⁶³

Según Atienza estas las reglas que rigen los diversos ámbitos de la argumentación jurídica tienen que estar justificadas desde el punto de vista moral, esto es, tienen que poder derivarse de razones morales y sigue diciendo que: “...el sometimiento de las razones jurídicas a las morales es una consecuencia de la unidad de la razón práctica, esto es, de que las razones morales sean las razones últimas de nuestros razonamientos prácticos”⁶⁴

“... los principios —a diferencia de las reglas— no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir, sino que, bien al contrario, exigen tal deliberación.”⁶⁵

6.3 Concepción pragmática

Define Atienza que “...la concepción pragmática contempla la argumentación como un tipo de actividad (una serie de actos de lenguaje) dirigidos a lograr la persuasión de un auditorio o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico; el éxito de la argumentación depende de que efectivamente se logre la persuasión o el acuerdo del otro, respetando ciertas reglas.”⁶⁶

Esta dimensión que propone Atienza se encuentra ligada a la necesidad del derecho en ser un instrumento práctico que sirva para dirimir controversias, y que, como tal, debe proporcionar modelos en donde la justificación o acercamiento al derecho no sólo sea una adjudicación de las normas, sino que, por el contrario, el derecho debe ser entendido como un entorno sistemático que necesita de un método de comprensión amplio.

⁶³ ATIENZA, Manuel. *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Ed. Trotta Digital, 2013, pág. 284

⁶⁴ ATIENZA, Manuel. *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Ed. Trotta Digital, 2013, pág. 286

⁶⁵ ATIENZA, Manuel. *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Ed. Trotta Digital, 2013, pág. 303

⁶⁶ ATIENZA, Manuel. *“Argumentación legislativa”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, página 93

La argumentación pragmática considera de vital importancia la interacción lingüística, es decir, la interacción entre el lenguaje y la comunicación o los argumentos expuestos por los sujetos que son parte de un proceso tendiente a llegar a un consenso. Pone especial énfasis en el procedimiento consensual de la aceptación del argumento por parte de todos los argumentadores.

Atienza señala que el derecho no es solo normas, sino que es una actividad compleja en la que hay distintos momentos entre ellos la toma de decisiones y su justificación, sustento éste de la concepción pragmática de la argumentación jurídica. Se trata de superar el reduccionismo de la argumentación jurídica a la lógica (concepción formal) o al razonamiento justificativo (concepción material), para agregar a aquellas concepciones una dimensión pragmática donde la argumentación se ve como una interacción entre dos o más sujetos según ciertas reglas que regulan el comportamiento lingüístico de los participantes (el flujo de los argumentos) y con la finalidad de persuadir a un auditorio para que acepte una determinada tesis.⁶⁷

La visión de Atienza no es el sólo crear un método de aplicación justificativa de las decisiones jurisdiccionales, como es el caso de otras teorías, sino que también busca caracterizar a la argumentación como un proceso de comprensión del derecho.

Desarrolla su teoría desde dos ópticas o acercamientos al derecho: por un lado, no niega en ningún momento su fundamento analítico-objetivo-cientificista, elaborando una metodología que pretende dar resultados como verdad unívoca y; por otro lado, trata de aportar algunos postulados que, de alguna forma, intentan brindar elementos de un proceso de comprensión, interpretación y aplicación del conocimiento jurídico. Busca un método que permita representar adecuadamente el proceso real de la argumentación.

Así, el proceso argumentativo parte de comprender e interpretar un supuesto normativo positivo, pero desde la función interna, es decir, aquella que se da desde su mismo entorno.

Dentro de la concepción pragmática se pueden distinguir dos enfoques, nos dice Manuel Atienza, uno que es de retórico y está centrado en la idea de persuadir a un auditorio que, en la argumentación, asume un papel estático y otro, el de la dialéctica, que tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un rol dinámico por la interacción continúa.⁶⁸

⁶⁷ ATIENZA, Manuel. *"Una visión de la filosofía del derecho"*. Discurso en ocasión de la entrega de la "Medalla Doctoral Universidad de Especialidades Espíritu Santo", impreso en 2010 UEES, página 39.

⁶⁸ ATIENZA, Manuel. *"Argumentación legislativa"*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, página 94

Atienza desarrolla en un sentido analítico, científico, parte de su teoría de la argumentación jurídica, estableciendo algunos criterios con los cuales se puede adaptar una simbología que facilite el análisis de las premisas otorgadas en los argumentos, a efecto de calificar la calidad de estas.

En cuanto a la metodología de la argumentación jurídica, Atienza nos comenta que difiere dependiendo del tipo de caso al que se está estudiando, ya que este debe ser separados en casos fáciles y casos difíciles⁶⁹.

Sostiene que los casos fáciles se resuelven por subsunción y que la lógica deductiva resulta necesaria y suficiente como mecanismo de justificación⁷⁰. En un caso difícil será más apto para la argumentación jurídica, ya que a que la premisa o supuesto normativo no una un resultado satisfactorio debido a la ambigüedad, insuficiencia o en su caso contradicción con el sistema jurídico.

Reconoce la existencia de cuatro problemas jurídicos 1. Los problemas de relevancia, cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable; 2. Problemas de interpretación, cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso; 3. Problemas de prueba, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar y; 4. Problemas de calificación, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma.

De ellos hay que determinar si el problema jurídico surge por cuestiones inherentes a la norma, por una insuficiencia de los supuestos normativos que imposibilite la obtención de una

⁶⁹ *La teoría de los casos difíciles se ha desarrollado principalmente por los juristas anglosajones propios del sistema jurídico de precedentes y en autores como Ronald Dworkin y MacCorminck. En la antigüedad se hablaba de la doctrina del "estado de causa", se ven desarrollado en los tratados de retórica, Quintiliano los clasificaba en racionales, que pueden ser conjeturales (de prueba), definicional (como se definen) o justificacional (de la teoría del delito) y legales que podían ser sobre la intención de legislador o de resolución de las lagunas.*

Hay autores que prefieren hablar de casos rutinarios y paradigmáticos, en lugar de la arraigada distinción entre casos fáciles y casos difíciles, ya que, en concreto, no hay casos fáciles en el derecho, sino que todos tienen cierto nivel de dificultad. El ser rutinarios no implica que sean sencillos de resolver, aunque se trate de la aplicación de un silogismo jurídico; esto es, de una argumentación formal: premisa mayor-premisa menor-conclusión. El ser paradigmáticos supone que se debe resolver una colisión entre derechos humanos. En este sentido, cuando hablemos de casos paradigmáticos a lo largo de esta investigación tendrán el significado indicado. ROMERO MARTINEZ, Juan Manuel. "Argumentación jurídica y sus criterios de evaluación. Nuevas propuestas". Ciudad de México, Ed. Universidad Nacional de México, 2015, nota 58

⁷⁰ *Para Dworkin al enfrentarse con los casos difíciles, los jueces deben determinar cuál es la interpretación de la práctica jurídica que muestra la mejor reconstrucción de todo el Derecho; esa interpretación es la que contiene la «respuesta correcta» que el Derecho ofrece para el caso. Y para determinar qué reconstrucción es la mejor, habría que prestar atención a dos requisitos: uno formal y otro material. El requisito formal implica que la reconstrucción de la práctica debe adecuarse a los materiales jurídicos ya existentes. El requisito material supone la utilización de consideraciones basadas en valores sustantivos (de naturaleza político-moral) que han de permitir decidir cuál, de entre las posibles interpretaciones que satisfacen el requisito de la adecuación, es preferible, porque presenta la práctica bajo su mejor perspectiva. ⁷⁰ ATIENZA, Manuel. "Curso de Argumentación Jurídica". Ed. Trotta Digital, 2013, pág. 521.*

respuesta favorable, o en el sentido contrario, que esto sea a causa de un exceso de información que cause un conflicto entre los supuestos normativos del mismo sistema.

Reconocido el problema hay que construir una hipótesis de solución para el problema, esto es, hay que construir nuevas premisas para crear una nueva situación informativa que contenga ya una información necesaria y suficiente en relación con la conclusión para lo que hay que dar razones y argumentarlas.

Nos señala, someramente, como la interpretación-aplicativa del juez pasa por un proceso de comprensión del conocimiento, es decir, que la interpretación y aplicación que la persona (en este caso el juez) realiza sobre un objeto pasa por un conocimiento previo.

Agrega que “en los Derechos del Estado Constitucional, casi siempre hay una única respuesta correcta. No la hay siempre, pero no porque exista más de una respuesta que pueda considerarse correcta, sino más bien porque no hay ninguna que lo sea, esto es, porque no puede excluirse la existencia de casos trágicos, en relación con los cuales no cabe tomar ninguna decisión que no suponga vulnerar algún elemento esencial de un valor fundamental; y aunque probablemente en esos casos pueda pretenderse todavía que hay una respuesta que, sin ser buena, sin ser correcta, es menos mala que las otras.”⁷¹

6.4 Los casos difíciles y trágicos

Habiendo explicado la diferencia entre un caso fácil, de aplicación del derecho vigente, y uno difícil, en el que la determinación del problema requiere de labor interpretativa, podemos entonces, adentrarnos en lo que es un caso trágico⁷².

En cuanto a la justificación de las decisiones, en los casos fáciles la norma se aplica por subsunción y, entonces la justificación sería silogística. En cambio, en los casos difíciles⁷³ la

⁷¹ ATIENZA, Manuel. *“Sobre la única respuesta correcta”*. *Jurídicas, Colombia, julio – diciembre 2009*, pág. 13 - 26

⁷² *Un caso trágico implica que cualquier solución supone un sacrificio de un valor fundamental, un sacrificio que, de alguna manera, no puede compensarse del todo con la satisfacción de los otros valores.* ATIENZA, Manuel. *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Ed. Trotta Digital, 2013, pág. 812 y ss.

⁷³ *Laura Clérico hace una clasificación de colisiones “especialmente intensas” y las “simples” (aquí encajarían los “casos difíciles”). Algunos llaman a las colisiones especialmente intensas “dilemas”, ya sea porque existe un problema de indeterminación de la respuesta para la justificación racional de la solución del conflicto y/o por el sacrificio o tragedia que implicaría no poder satisfacer una de las partes del conflicto. Ver en CLERICO, Laura. “Derechos y proporcionalidad: violaciones*

solución no se puede justificar por deducción, a la lógica se deben agregar cuestiones de razón práctica como son los principios.

Sostenía MacCormick que casos difíciles presentan problemas en las normas o en los hechos a lo que Atienza adhiere adicionando la existencia de problemas de forma o procesales y los problemas de validez. Todos estos problemas pueden advertirse previo al estudio del caso o bien surgir durante éste, incluso un caso puede empezar siendo fácil y durante el estudio convertirse en difícil por algún cambio de sus elementos (los hechos, la percepción social de los hechos, el derecho, etc.) o al revés.

Según la postura de Manuel Atienza un caso sería difícil si: 1. No hay respuesta correcta 2. Hay laguna normativa (no hay norma o no hay norma aplicable) 3. Hay ambigüedad normativa (normas contradictorias o no hay acuerdo en la interpretación de la norma) 3.1. o hay un problema de aplicación (cuál norma debemos aplicar) o de 3.2. validez (si la norma aplicable es válida con respecto al sistema, convencional o constitucional) 4. Hay necesidad de apelar a principios del derecho porque: 4.1. Los juristas no tienen una respuesta única al problema 4.2. La solución implica la adopción de una postura moral 5. En cuanto a los hechos, puede suceder que: 5.1 Faltan hechos y tenemos indicios en su lugar o, hay 5.2 Problema de calificación de hechos.

En los casos difíciles se presentan dos tipos de problemas, los problemas de a) reglas de fin que atañan en general a los órganos administrativos y tienen relación con la discrecionalidad de estos (hay que tomar una medida que logre una finalidad determinada) esta discrecionalidad es luego controlada por los jueces; y los problemas de b) ponderación que se dan cuando no hay regla aplicable y se debe apelar a principios, actividad puramente judicial.

Por ponderación debe entenderse, sostiene Atienza, el proceso (y el razonamiento envuelto en él) consistente en pasar de los principios a las reglas.⁷⁴ Este razonamiento, dice, que hace en tres etapas, en la primera se determinan los valores en pugna, en la segunda se establece la prioridad de un principio o valor sobre el otro, y al final se construye una regla en términos deónticos de ese establecimiento de prioridad.

por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas". México, 2018, ed. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, nota 33.

⁷⁴ ATIENZA, Manuel. *"Argumentación legislativa". Editorial Astrea, Buenos Aires, 2019, página 86*

La comunidad científica discrepa en las características y elementos distintivos de los casos difíciles no existiendo claridad. Dworkin sostenía al respecto que “la diferenciación no es tan clara ni importante”.

Pero lo trascendente es que en los casos difíciles se estaría dando una contraposición entre principios o valores que debe resolverse mediante ponderación.

Sostiene Barak que entre los casos fáciles y los difíciles se sitúan los intermedios. “Los casos intermedios se caracterizan por el hecho de que, en el análisis final, el juez no tiene discreción para decidir. Desde esta perspectiva, son casos fáciles: Lo que los sitúa aparte de los casos difíciles es sólo que en los casos intermedios ambas partes parecen tener un argumento jurídico legítimo que apoya su posición. Se necesita un acto consciente de interpretación antes de que el juez pueda concluir que el problema [argument] es realmente infundado y que sólo hay una solución jurídica. Cualquier jurista que pertenezca a la comunidad jurídica de que hemos hablado llegará a esta conclusión -de que sólo hay una solución jurídica-, de manera que si el juez fuera a decidir de otra forma, la reacción de la comunidad sería que ha cometido un error (...). En todos estos (...), después de un balance y sopesamiento consciente -que a veces requiere un esfuerzo coordinado y serio- y en el marco de las reglas aceptadas, todo jurista versado llegará a la conclusión de que sólo existe una posibilidad y de que no hay discreción judicial”⁷⁵

En los casos difíciles no es clara la respuesta al conflicto planteado⁷⁶, y existe una delgada línea entre una distinción válida y otra que no lo es, de modo que quienes juzgan pueden deslizarse entre estas posiciones incluso sin advertirlo

Los casos difíciles suscitan varios tipos de problemas: 1. Procesales donde se aplican normas procesales que son normas constitutivas. Para ellas rigen ciertos criterios interpretativos, se apliquen por ejemplo razones de carácter institucional, etc., todo lo cual justifica que sean tratadas con cierta autonomía en relación con las de carácter sustantivo. 2. De prueba. El razonamiento probatorio es inductivo, se parte de la corroboración de ciertos hechos para pasar a la generalización, por una ley o máxima de experiencia, y que nos lleva a una conclusión. El

⁷⁵ BARAK, Aharon. “Judicial discretion”, Yale University Press, London 1987, pag.39-40 en ATIENZA, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, Isonomía, 1997, Nro. 6, pag. 6-30

⁷⁶ Al respecto Aarnio a propone el siguiente principio regulativo que deberían seguir los prácticos y los teóricos del Derecho en sus razonamientos jurídicos: “Frente a un caso difícil, trata de alcanzar una solución y una justificación tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen racionalmente pueda aceptar tu punto de vista y tu justificación”. ATIENZA, Manuel. “Sobre la única respuesta correcta”, Rev. jurid. Manizales (Colombia), 6(2): página 15, julio-diciembre 2009.

problema se centra en la fiabilidad de los medios probatorios que es evaluada según un derecho específico. 3. De calificación, de definición. Se distinguen de los de interpretación en que los de calificación se trata de argumentar a partir de definiciones; en los de interpretación, los argumentos van dirigidos a la definición misma. 4. De aplicabilidad o según MacCormick de relevancia e implica establecer la norma aplicable al caso. 5. De validez de la norma determinada como aplicable. Tienen que ver con la competencia para regular sobre la materia, la competencia del órgano y el procedimiento que se siguió. 6. De interpretación, en sentido estricto, que se originan en expresiones imprecisas por vagas o ambiguas, problemas de lagunas y de contradicciones, problemas respecto al alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho —lo escrito— y lo que se quiso decir), en la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos, dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento. 7. De discrecionalidad (en sentido estricto) las que surgen en relación con la aplicación de normas de fin: reglas o principios (directrices). 8. De ponderación al tratar de pasar de principios a reglas.

Del mismo modo que explica Atienza existen casos fáciles y difíciles sostiene existen casos que llama trágicos. Los casos trágicos son aquellos casos que no tienen respuesta correcta y que le generan a los jueces, no el problema de qué alternativa elegir entre las existentes, sino el de qué camino tomar frente al dilema.

Define caso trágico como aquellos en los cuales no cabe encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral⁷⁷

El caso trágico es casi unánimemente descartado por la doctrina jurídica. Atienza sostiene que en estos casos el elemento de la tragedia se da en la medida en la que no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral. Pero esto significa que cabe hablar de dos tipos de casos trágicos o, dicho de otra manera, el juez puede vivir como de trágica: a) una situación en que su ordenamiento jurídico le provee al menos de una solución correcta (de acuerdo con los valores de ese sistema) pero que choca con su moral; b) una situación en que el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta. En la primera situación, lo trágico deriva del contraste entre ordenamientos distintos; en la segunda, se trata de una contradicción interna al ordenamiento

⁷⁷ ATIENZA, Manuel. *“Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”*. *Isonomía*, 1997, Nro. 6, pag. 15

jurídico. Pero -y dado que las razones morales son las razones últimas en el razonamiento práctico de cualquier sujeto- el juez se encuentra en ambos supuestos en una situación en que le es imposible decidir sin infringir el ordenamiento jurídico.⁷⁸

Los casos trágicos deben resolverse o bien, usando la regla del “mal menor”, o sea afectando de menor manera el ordenamiento jurídico mediante ponderación, o bien, apelando al criterio de lo “razonable” que es un criterio situado entre la razonabilidad estricta (lógica formal con criterios materiales de principios) y la pura y simple arbitrariedad.⁷⁹

7. LA TEORÍA SOBRE EL ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS ARGUMENTACIONES DE MANUEL ATIENZA

Para un cabal análisis de las argumentaciones (judiciales), Atienza sostiene que es imprescindible primero distinguir los elementos dialécticos y retóricos del cuerpo en estudio. A partir de ahí se procede a analizar, evaluar y argumentar.

Para esos procesos de argumentación judicial en los casos fáciles se puede utilizar la lógica formal mientras que los procesos en los casos difíciles se complejizan ya que el método de la lógica formal no da cuenta del flujo argumentativo, vale decir el proceso, sino que se centra en el resultado y en ese método las premisas tienen todas el mismo peso.

Sigue diciendo Atienza: “Desde el punto de vista de los criterios de evaluación de los argumentos, la argumentación judicial parece estar dirigida, al menos como idea regulativa, a la obtención de la respuesta correcta al caso, y la coherencia (no en el sentido de mera consistencia lógica) parece ser un criterio esencial para ello.”⁸⁰ Analizar supone representarse los argumentos y las argumentaciones que forman parte de los argumentos. Esto es necesario sobre todo en argumentaciones difíciles que tienen argumentos conectados.

⁷⁸ *Ídem* pag.19

⁷⁹ *Ídem* 25-28

⁸⁰ ATIENZA, Manuel. *“Argumentación legislativa”*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2019, página 87.

Por un lado, hay que representarse la forma de la argumentación, su estructura, los pasos de ésta. Y por el otro lado hay que indicar en cada paso las razones y los elementos pragmáticos de la argumentación, es decir, elementos formales y materiales.

Esta representación del análisis argumentativo de un caso difícil suele hacerse mediante un cuadro de flechas, básicamente porque así se puede captar la diferencia entre las argumentaciones, las líneas argumentativas y los argumentos.

Una argumentación es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial, el problema que da lugar a la argumentación, y la respuesta a la misma, la respuesta o solución.⁸¹ Habría que concebir la argumentación como un flujo de información que va desde el planteamiento del problema que suscita la necesidad de argumentar hasta su solución.

Un argumento es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones no constan exclusivamente de argumentos.⁸² Un argumento es sólido cuando cumple con dos condiciones, que sea lógicamente correcto y que esté formado por premisas verdaderas. Los argumentos lógicos pueden ser deductivos o inductivos. Deductivo es aquel cuya validez se puede demostrar utilizando la técnica de la lógica formal, entonces un argumento deductivo válido permite afirmar que su conclusión es válida porque sus premisas son válidas, mientras que en un argumento inductivo la veracidad de sus premisas no garantiza la veracidad de la conclusión. Los argumentos inductivos son formalmente no válidos, aunque pueden ser veraces.⁸³

Y una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla.⁸⁴ Explica Atienza que ese flujo se puede representar mediante líneas (los pasos que no son argumentativos, inferenciales) o mediante flechas que indiquen que se trata de un argumento a favor o en contra de cierta tesis. Además de estos argumentos, a los que cabe llamar simples, se pueden representar diversos tipos de argumentos complejos; o sea: puede que se trate de varias razones independientes entre sí, o que estén ligadas entre sí de diversas formas (conjuntiva o disyuntivamente); puede que una razón ataque o apoye directamente una

⁸¹ ATIENZA, Manuel. *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Madrid, Ed. Trotta, 2013, pág. 425

⁸² *Ibidem*, pág. 425

⁸³ BONORINO, Juan Pablo y otro. *“Filosofía del derecho”*. Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, 2da edición, página 77

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 426

tesis, o que el ataque o apoyo esté referido a la inferencia, al paso de un enunciado a otro. Y a todos estos tipos de relaciones de inferencia puede atribuírseles un peso variable: puede tratarse de una inferencia deductiva o no deductiva y, en este último caso, su peso podría ser mayor o menor. Y sigue diciendo que en cuanto al contenido proposicional (el elemento material en sentido amplio de las argumentaciones), algunos expresan razones, pero otros no; o sea, hay oraciones lingüísticas que forman parte de una argumentación y que no son un argumento —una razón— en sentido estricto: por ejemplo, una pregunta. Ahora bien, además del contenido proposicional, el esquema puede dar cuenta (cuando ello resulte de interés) de los diversos tipos de enunciados — de premisas y de conclusiones— que se contienen en una argumentación jurídica.⁸⁵

Al realizar una argumentación es muy común realizar preguntas que serán contestadas en el proceso. Estas preguntas pueden suelen ser cerradas, también se denominan orientadas, y son las que en sí llevan razones y buscan una respuesta positiva o negativa y se presentan como contraposición de las abiertas que permiten dar razones.

Todo este análisis que sirve para la posterior evaluación de las argumentaciones debe completarse teniendo en cuenta el resto de los elementos formales: a) narración o citation: brevísimo encabezamiento, con la referencia de la sentencia y el tipo de acción de que se trata; b) los hechos o facts: breve relato de los hechos jurídicamente relevantes; c) las cuestiones o issues: la cuestión o cuestiones jurídicas generales que se discuten a propósito del caso, el problema jurídico o interpretativo; d) el problema o holding (o ruling): la tesis jurídica general defendida por la sentencia, la afirmación o declaración de Derecho que la sentencia sostiene como respuesta al o los issues jurídicos; e) las razones o rationale: las razones o argumentos para sustentar el holding; f) la solución o judgement: el fallo o decisión particular y concreta, que afecta a las partes del caso y su particular controversia.

Los argumentos, según Atienza, pueden ser evaluados desde las tres concepciones o perspectivas señaladas: como válidos o inválidos (desde el punto de vista formal), o como más o menos sólidos (desde el punto de vista material), o persuasivos (desde el punto de vista pragmático). Esas calificaciones dejan fuera una categoría intermedia entre los buenos y los malos argumentos, pero, en efecto, hay argumentos que tienen la apariencia de ser buenos, pero que no lo son, y a los que tradicionalmente se ha denominado “falacias”. El estudio de las falacias resulta

⁸⁵*Ibidem*

especialmente importante por la capacidad de engaño que envuelven, al tener esa apariencia de buenos argumentos; el que usa una falacia puede hacerlo a sabiendas de que es un mal argumento, con el propósito de engañar (cabría hablar entonces de sofisma), o bien de buena fe, sin ser consciente del engaño que supone (paralogismo).⁸⁶

Evaluar una argumentación supone enjuiciarla desde ciertos criterios de corrección que permitan distinguir entre buenos o malos argumentos, o falaces y además atribuirles un mayor o menor peso justificativo o efecto persuasivo.⁸⁷ La coherencia es el criterio de evaluación más importante de las decisiones judiciales.

De este modo existen varios criterios de evaluación relevantes según Atienza, éstos serían la “universalidad”, criterio que se aplica tanto a los problemas normativos como a los fácticos y se debe determinar la interpretación de la norma que se hizo en el pasado sobre casos análogos al que hay que resolver y, respecto de las cuestiones fácticas, se establece que debe figurar un enunciado de tipo universal que señale que cuando se den determinados hechos es probable que se dé otro para utilizar ese enunciado para todos los casos en los que se den esas mismas circunstancias.

El criterio de “coherencia” que se refiere a la compatibilidad de una decisión con ciertos principios, valores y teorías del sistema jurídico. Otro criterio es la adecuación de consecuencias que se enfoca hacia el futuro; se expresa mediante los argumentos consecuencialistas, que justifican la emisión de una norma con cierto contenido; la presentación de una estrategia de acusación o defensa o el establecimiento de una decisión judicial, con base en las consecuencias que van a producir los mismos.

También Manuel Atienza considera como criterio la moralidad social que entiende tiene un peso en la evaluación de la argumentación judicial, ya que los jueces no pueden ser indiferentes o alejarse de las convenciones sociales. Decantarse a favor de la moral social facilita que la decisión judicial sea persuasiva, lo que constituye un elemento relevante en la justificación de las sentencias; todavía más, los criterios socialmente mayoritarios se vinculan con la idea de democracia, pues tomar una determinación, como la mayoría preferiría que se hiciera, es un

⁸⁶ ATIENZA, Manuel. *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Ed. Trotta Digital, 2013, pág. 116

⁸⁷ ATIENZA, Manuel. *“Argumentación Legislativa”*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2019, página 99..

adecuado ejercicio democrático, en concreto, para los jueces, los cuales no han sido elegidos a través de votaciones de los ciudadanos.⁸⁸

Distingue la moral social de moral justificada (racionalmente justificada) se sustenta en teorías éticas normativas, que sostienen un objetivismo moral; que, en opinión de Atienza es una de las teorías más adecuadas para descubrir la moral correcta es el constructivismo moral suscrito por autores como Rawls, Habermas y Nino; la base de dichos estudios es que los principios de la moral justificada son aquellos a los que un grupo de personas han podido llegar mediante el consenso, generado en una discusión que respeta ciertas reglas.⁸⁹

⁸⁸ ATIENZA, Manuel. *“Curso de argumentación jurídica”*, p. 560. Con mucho, Atienza encuentra varios inconvenientes en la aplicación de los criterios de moralidad social; por ejemplo: a) puede acontecer que no sea fácil saber cuál es la opinión mayoritaria o que simplemente no exista la misma; b) no puede descartarse la posibilidad de que las opiniones mayoritarias sean expresiones que van contra los principios del ordenamiento jurídico, y c) las Constituciones de nuestra época integran un código moral (declaraciones de derechos) que no es simplemente la moral social establecida; esto es, pueden no coincidir en muchas formas.

⁸⁹ ROMERO MARTINEZ, Juan Manuel. *“Argumentación jurídica y sus criterios de evaluación. Nuevas propuestas”*. Ciudad de México, Ed. Universidad Nacional de México, 2015, página 70

TÍTULO II

EL DERECHO A LA IGUALDAD EN RELACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN

CAPÍTULO I

CONCEPTOS CENTRALES

8. IGUALDAD RESPECTO A LA ORIENTACIÓN SEXUAL

Las reglas, escriben Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, describen los casos en que son aplicables en forma cerrada y son “razones perentorias para la acción”; los principios se conciben, en cambio, de forma abierta y son razones para la acción, no perentorias sino ponderables con otras razones o principios.⁹⁰

Robert Alexy escribe que las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no y los principios⁹¹ son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.⁹²

Las constituciones tienen gran cantidad de normas -en particular de enunciativas de derechos fundamentales- en forma de principios, entre ellas la igualdad. Atienza hace un parangón entre lo que ocurre en la actualidad con que la validez de las normas internas, que ya no depende de la soberanía del legislador como en el anterior paradigma positivista-legalista sino que ahora dependen de su conformidad con la Constitución y de que no vulneren los derechos fundamentales recogidos en éstas, con lo que sucede en el Derecho internacional, cuyo origen está en el "Derecho

⁹⁰ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *“Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”*, Barcelona, Ariel, 1996, Capítulo I.

⁹¹ Confronte Ferrajoli sostiene que los principios son normas fundamentales que ha llamado directivas o principios directivos: ellas no son “razones perentorias” de ninguna acción, no “requieren” ningún comportamiento como “obligatorio” o de todo modo capaz de “realizarlas” y, por tanto, ciertamente, no son reglas. Simplemente son principios constitutivos de la identidad democrática de la República y son como tal utilizables como argumentos en la interpretación de otras normas. FERRAJOLI Luigi. *“Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy”*, en *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1, 2015, págs. 46.

⁹² ALEXY, Robert, *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. III

de gentes", en cuanto conjunto de normas de ámbito universal que se entendía estaban a mitad de camino entre el Derecho natural y el Derecho positivo. Y sigue diciendo que ese ordenamiento que se ha ido progresivamente "juridificando" por lo que se habla también de "constitucionalización" para referirse a la existencia en el mismo de ciertas normas básicamente, las relativas a los derechos humanos contenidas en las declaraciones de derechos que se llaman de "ius cogens", porque obligan a los Estados como sujetos del Derecho internacional con independencia de su voluntad (de lo establecido en los tratados o por las costumbres internacionales) y fijan así los límites de validez de las otras normas.⁹³

En cuanto al contenido del concepto de igualdad, la Corte IDH ha explicado que éste se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano⁹⁴ y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar inferior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran orden público nacional e internacional y atraviesa todo el ordenamiento jurídico.⁹⁵

Existen dos tipos de igualdad, según Bidart Campos⁹⁶: una formal y otra real (también material o fáctica). La formal es aquella en que todos somos considerados como iguales ante la ley. La igualdad real es aquella en que el Estado juega un rol intervencionista intentando estabilizar la igualdad de sus habitantes. En principio como ejemplos de la primera tenemos el art. 16 de la Constitución Nacional (CN) mientras que como ejemplo de la segunda el artículo 14 bis.

Laura Clérico afirma que: "La igualdad formal tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia."⁹⁷

⁹³ Ver ATIENZA, Manuel. *"El sentido del derecho"*. Subtítulo sobre el derecho natural

⁹⁴ Asimismo, la CIDH se ha referido al *ius cogens* como "la designación de ciertas protecciones relacionadas con la persona como normas perentorias (*ius cogens*) y obligaciones *erga omnes*, en un vasto conjunto de derecho de los tratados, en principios de derecho internacional consuetudinario, y en la doctrina y la práctica de los órganos de derechos humanos como esta Comisión" CIDH. Informe n° 109/99. Caso *"Coard y otros vs Estados Unidos"* del 29 de septiembre de 1999. Párr. 39.

⁹⁵ Caso *"Ángel Alberto Duque vs. Colombia"*. Sentencia de fondo del 2 de abril de 2014 tomado del informe de la CIDH 5/14

⁹⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. *"Tratado elemental de derecho constitucional argentino"*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 258 A 261

⁹⁷ CLERICO, Laura. *"Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad"*. Revista Derecho del Estado n.º 41, julio-diciembre de 2018, pp. 67-96

La determinación del alcance de las cláusulas de igualdad que existen en las constituciones del mundo y en las declaraciones de derechos humanos han sido origen de importantes discusiones sobre su alcance y contenido.

Las cláusulas de igualdad que contienen las constituciones no son determinaciones de derechos, vale decir, no se le impone a un estado la obligación de reconocer derechos, sino que el objetivo primordial de estas cláusulas es que, si un Estado decide reconocer un derecho, ese reconocimiento debe ser de manera igualitaria, es decir, para todos sin discriminar, equitativamente.⁹⁸

La trascendencia de la existencia de cláusulas de igualdad reside en que transforma en regla la igualdad, siendo la desigualdad la que lleva una carga extra de argumentación, un plus argumentativo propio de las categorías sospechosas.

La Corte IDH en la Opinión Consultiva 18/03 solicitada por el Estado de México reafirma y hace suya la opinión de los Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) cuando sostienen que: “El principio de no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley “que integran la idea misma de los Derechos Humanos, son normas de *ius cogens*”. Las normas de *ius cogens*⁹⁹ son oponibles erga omnes, en virtud de que contienen valores elementales y consideraciones de humanidad basadas en el consenso universal, por la naturaleza especial del objeto que protegen.”¹⁰⁰

9. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL

⁹⁸ Para ampliar ver Clérico, Laura y Aldao, Martín. “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La igualdad como redistribución y como reconocimiento”. *Lecciones y Ensayos*, Nro. 89, 141-179

⁹⁹ La CIDH ha sostenido que las normas del *ius cogens* generan obligación jurídica de los Estados y constituyen el límite absoluto a su voluntad. CIDH. Informe No. 64/11. Caso “Marino López y otros (Operación Génesis)”.

¹⁰⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva 18/03 solicitada por el Estado de México sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Para comenzar debemos determinar qué consideran los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos es la discriminación. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, se tiene por discriminación "*cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga el propósito o el hecho de anular o menoscabar el reconocimiento, gozo o ejercicio en pie de igualdad de derechos humanos y libertades fundamentales en los campos económico, social, cultural o en cualquier campo de la vida pública*". Entendiendo este concepto podemos relacionarlo al de igualdad.

El derecho a la igualdad y no discriminación configura la norma de cierre del Estado constitucional y convencional. No es un derecho en sí mismo, sino un derecho de los derechos, o bien, una garantía de cómo pueden ser ejercidos desde las ópticas normativa, simbólica y sociológica, los derechos fundamentales y los derechos humanos consagrados expresa o implícitamente en la regla de reconocimiento constitucional y convencional. Es transversal a todos los derechos humanos y forma parte del *ius cogens*¹⁰¹.

La opinión consultiva nro. 4 de enero de 1984 aclara al respecto que:

"56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que

¹⁰¹ La Corte IDH también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Informe No. 75/15. Caso "Rocío San Miguel Sosa y otras. Venezuela." Sentencia de fondo 28 de octubre de 2015

la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.”

Guibourg destaca que igualdad y discriminación son en verdad conceptos opuestos, en la medida en que toda discriminación importa atribuir desigualdades y toda igualdad implica omitir discriminaciones.¹⁰² Recuerda a Comaducci cuando dijo que “decir que dos entes son iguales no equivale a afirmar que son idénticos. Equivale a afirmar que, a pesar de no ser idénticos, hacemos abstracción de sus diferencias, las dejamos de lado y tomamos como relevantes las características que tienen en común”.¹⁰³

La no discriminación se manifiesta de dos maneras. La primera de naturaleza negativa se basa en la existencia de categorías interdictorias que presumen que toda limitación de derechos basadas en las mismas es irrazonable y arbitraria. La segunda de estructura positiva impone obligaciones de promoción de los derechos a los poderes públicos y a los particulares.

Esta noción de igualdad como no discriminación, impide que las decisiones estatales se realicen sobre la base de prejuicios, estereotipos o ideas estigmatizantes de grupos de personas y propone que el Estado sea ciego ante cierto tipo de características o categorías sospechosas de discriminación. Al respecto la Corte IDH en la Opinión Consultiva 18/03 sostuvo:

“Afirmar que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al dominio del ius cogens, tiene, según la Corte Europea de Derechos Humanos varios efectos jurídicos: el reconocimiento de que la norma es jerárquicamente superior con respecto a cualquier norma de derecho internacional, exceptuando otras normas de ius cogens; en caso de conflicto, tendría primacía la norma de ius cogens frente a cualquier otra norma de derecho internacional, y sería nula o carecería de efectos legales la disposición que contradiga la norma imperativa. (Tomado de los argumentos de las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito).”¹⁰⁴

¹⁰² GUIBOURG, Ricardo. “Igualdad y discriminación” en DOXA, 1996, Nro. 19 página 87.

¹⁰³ COMANDUCCI, Pablo. “El principio de igualdad liberal”, conferencia dictada el 7/8/95 en la UBA citado en GUIBOURG, Ricardo. “Igualdad y discriminación” en DOXA, 1996, Nro. 19 página 88. Comanducci además sostenía que un juicio ético de igualdad o desigualdad es siempre un juicio de valor y que no depende tan sólo de la semejanza o diferencia en ciertas características de los sujetos comparados sino, además, de la relevancia valorativa que se atribuya o se niegue a aquella semejanza o aquella diferencia.

¹⁰⁴ Nota 209 de la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte IDH

En 1789 se suscribe la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que en su artículo I sostiene: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales respecto de sus derechos. En consecuencia, las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”

Esa declaración que es uno de los primeros documentos internacionales que declara la igualdad; devino fundamental para la causa ya que fue receptada por las distintas constituciones que le sobrevinieron.

Estado Unidos fue uno de los países en donde se dieron la mayor cantidad de discusiones sobre el tema de la igualdad, su alcance y la justificación del tratamiento diferente en iguales condiciones. Estas discusiones nacen de que ese Estado en su constitución original carecía de cláusula de igualdad, lo que para el contexto resultaba coherente por el hecho de que la esclavitud era aceptada, pero en 1868, como resultado de una pugna interna, introduce la enmienda 14 que dice:

“Todas las personas nacidas y naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en el que residan. Ningún Estado sancionará o aplicará ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso de ley; ni negará a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección equitativa de las leyes.”

El derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación se encuentran previstos en la Constitución Nacional Argentina (artículos 16, 37 y 75 incisos 2, 19, 22 y 23) y en diversos instrumentos internacionales que gozan de igual jerarquía.

Entre los instrumentos de protección de derechos humanos vigentes en nuestro país podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 2 sostiene:

“Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”

la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que en su artículo 2 reza:

“Artículo 2 - Derecho de igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”

la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en el artículo 1 dice:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

1. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”¹⁰⁵

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que es más clara en su descripción sosteniendo:

“Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

¹⁰⁵ *Sexo y género: La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas, que monitorea el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas. (Recomendación Nro. 28 párrafo 5 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 16 de diciembre de 2010)*

Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría “género”, se interpreta que la categoría “sexo” comprende también la categoría “género”, con el fin de asegurar el objeto útil de la protección jurídica integral.

“Artículo 3 Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.”

“Artículo 20.2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.”

“Artículo 23.4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”

“Artículo 24.1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

“Artículo 26 Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en dos artículos trata el principio, a saber:

“Artículo 2.2 Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

“Artículo 3 Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.”

la Convención sobre los Derechos del Niño que sostiene:

“Artículo 2.1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción

alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el documento que más se ocupa de la materia y en su articulado reza:

*“Artículo 3. Principios generales. Los principios de la presente Convención serán: ...
b) La no discriminación.”*

“Artículo 4. Obligaciones generales. 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: ...

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.”

“Artículo 5 Igualdad y no discriminación.

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad. “

“Artículo 6 Mujeres con discapacidad.

1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que

puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención. “

“Artículo 7 Niños y niñas con discapacidad.

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.”

“Artículo 12 Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer son documentos internacionales íntegramente dirigidos a la temática por lo que en todo su articulado desarrolla el principio de igualdad. También la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su artículo 1 declara que:

“Artículo 1.1. La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.”

Por otro lado, son de gran trascendencia las referencias a la igualdad en el ámbito de la normativa de la Unión Europea. En primer lugar, hay que señalar que el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea dispone:

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

También puede destacarse que el artículo 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que:

“el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar

contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”¹⁰⁶

y, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea contiene todo un título dedicado a la igualdad. Dentro del mismo, el artículo 20 proclama la igualdad ante la ley, mientras que el 21.1 prohíbe la discriminación, en términos muy amplios:

“Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”

La noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas correctas ha sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, la independencia económica de las mujeres y la ausencia de una pareja del sexo¹⁰⁷ opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género.

En cuanto a la igualdad de género Mac Kinnon discrepa del concepto tradicional de igualdad de trato y entiende que: “El mandato jurídico de igualdad de trato —que es tanto una norma

¹⁰⁶ *Orientación sexual: La orientación sexual de una persona es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Se ha definido como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. En el derecho comparado se ha entendido que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, para lo cual se han utilizado distintos criterios, que incluye la inmutabilidad de ésta “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la demanda ante la Corte IDH en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, parágrafo 94.*

Identidad de género: De conformidad con los 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 2017), la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. www.yogyakartaprinciples.org

Dentro de la categoría identidad de género se incluye generalmente la categoría transgenerismo o trans.

¹⁰⁷ *Para comprender la terminología utilizada al analizar cuestiones de identidad, orientación y expresión sexual ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. Conceptos Básicos. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia/gbti.html>*

sistémica como una doctrina jurídica específica— se convierte en un asunto de tratar igual a los iguales y en modo diferente a los no iguales; y los sexos se definen como tales por su mutua diferencia. En otras palabras, el género está construido socialmente como diferencia epistemológica; el derecho sobre la discriminación sexual limita doctrinalmente la igualdad de sexo mediante la diferencia. Hay una tensión interna entre este concepto de igualdad, que presupone la similitud, y este concepto de sexo, que presupone la diferencia. La igualdad sexual se convierte así en una contradicción en términos, algo como un oxímoron, lo que explicaría por qué nos cuesta tanto obtenerla”¹⁰⁸

En el orden nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el alcance del artículo 16 de la Constitución. Así, tiene establecido que la igualdad ante la ley involucra la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias¹⁰⁹ y que “*la igualdad ante la ley (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales condiciones se concede a otros*”¹¹⁰.

Es importante tener en cuenta que una discriminación no es solamente una distinción o diferencia, sino que implica un trato desfavorable a una persona por un motivo prohibido. En efecto, ciertos tratamientos diferenciados pueden ser legítimos. En este sentido, en ocasión de determinar los alcances de la Ley de Actos Discriminatorios (ley nro. 23.592), la CSJN sostuvo que “...ésta no sanciona toda discriminación, sino exclusivamente aquella que en forma arbitraria restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional”¹¹¹

Por su parte, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden

¹⁰⁸ “The legal mandate of equal treatment—which is both a systemic norm and a specific legal doctrine— becomes a matter of treating likes alike and unlikes unlike; and the sexes are defined as such by their mutual unlikeness. Put another way, gender is socially constructed as difference epistemologically; sex discrimination law bounds gender equality by difference doctrinally. A built-in tension exists between this concept of equality, which presupposes sameness, and this concept of sex, which presupposes difference. Sex equality thus becomes a contradiction in terms, something of an oxymoron, which may suggest why we are having such a difficult time getting it”. MACKINNON, Catherine. “*Difference and Dominance: On Sex Discrimination*”, 1991, en Bartlett, K. T. & Kennedy, R. *Feminist Legal Theory*, Westview Press, San Francisco, pp. 81 y ss

¹⁰⁹ CSJN 16:118

¹¹⁰ CSJN 153:67

¹¹¹ CSJN 314:1531 y ss.

traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma.

Según su jurisprudencia, esa Corte ha realizado una diferencia entre el artículo 1.1° y el 24° de la Convención. El primero al ser una obligación de carácter general se extiende únicamente a todas las disposiciones del tratado, denominada cláusula subordinada, y el segundo que prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, denominado cláusula autónoma.¹¹²

Así en la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, nro. 4, Capítulo IV, la Corte IDH sostiene:

“54. Por su lado el artículo 24 de la Convención establece:

Artículo 24. Igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.

55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo

¹¹² Corte IDH. Caso “Ríos y otros Vs. Venezuela”, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 348; Corte IDH. Caso “Perozo y otros Vs. Venezuela”, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 379

tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso."

La Opinión Consultiva 18 (OC-18) sostuvo que el principio de protección de los derechos humanos presenta como elementos constitutivos: a) la igualdad ante la ley; b) la igual protección ante la ley y c) la igualdad y no discriminación. Este último es una norma *ius cogens* sobre la cual

descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y un principio que “invade” permanentemente a todo el ordenamiento jurídico. Por discriminación entiende a toda forma de exclusión o privilegio que no sea objetiva y razonable y afecte a los derechos humanos; la cual se diferencia de las distinciones que deben ser razonables, objetivas y proporcionales.

Atendiendo específicamente a cuestiones de género es a partir del año 2000¹¹³ que en los distintos países se empiezan a ver sentencias de los altos tribunales declarando la prohibición de discriminaciones basadas en orientación sexual. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela en 2008 declara la inconstitucionalidad de normas que discriminen por orientación sexual¹¹⁴, y en ese mismo año se produjo en distintos países de América Latina un proceso de despenalización de la homosexualidad. En enero de 2009 en México se falla a favor de un cambio de identidad de una persona transexual¹¹⁵. De similar tenor se dictaron fallos en Bolivia, Cuba, y otros países de América Latina.

La Corte IDH ha establecido que la igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, y que ha ingresado en el dominio del *jus cogens*¹¹⁶ dado que sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.¹¹⁷

Sostuvo la Corte IDH en su Opinión Consultiva 17/02 párrafo 43 que:

“En ocasiones anteriores, este Tribunal ha manifestado que el artículo 1.1 de la Convención Americana obliga a los Estados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Todo tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la Convención es, per se, incompatible con ésta.”

Y en el párrafo 44 de la misma opinión consultiva que:

¹¹³ Existen sentencias anteriores al año 2000 pero son escasas y esporádicas.

¹¹⁴ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, sentencia nro. 190 del 28/02/2008

¹¹⁵ Suprema Corte de México, Acuerdo del Tribunal Pleno, sentencia en el amparo directo 6/2008 del

¹¹⁶ Corte IDH. *“Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101

¹¹⁷ *Ibidem*. párr. 101; y Corte IDH. Caso *“Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay”*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 269

“En un sentido más específico, el artículo 24 de la Convención consagra el principio de igualdad ante la ley. Así, la prohibición general de discriminación establecida en el artículo 1.1 “se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”

En 2012 la Corte IDH dicta el fallo “Atala Riffo y niñas” este fallo va más allá en el principio de igualdad y se introduce en el debate sobre el concepto de familia. El 31 de agosto de 2016 dicta el fallo del caso “Flor Freire vs. Ecuador”¹¹⁸ en el cual se condena al Estado por violar el derecho de igualdad utilizando una categoría sospechosa como es la orientación sexual y por primera vez se expide sobre la orientación sexual percibida. El 25 de febrero de ese mismo año 2016 también se había expedido la Corte en el caso “Duque vs. Colombia” en el que una persona homosexual reclama un derecho de pensión de su pareja fallecida, en este caso se pone en evidencia el uso por parte del Estado de estereotipos discriminatorios.

El 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica se emite la Opinión Consultiva OC-24/17 sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” donde se aclaran conceptos que la propia Corte IDH había vertido.

Así sostiene que: “68. De acuerdo con lo anterior, la Corte ha determinado, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la

¹¹⁸ Corte IDH. Caso “Flor Freire vs Ecuador” Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

Convención, cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas¹¹⁹. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana.”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha ampliado el concepto sosteniendo que “el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional”¹²⁰

Asimismo, sostuvo que: “Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertad establecidos, contraviene el art. 14. Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación objetiva y razonable debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo”¹²¹

El último gran avance logrado en lo que respecta a género, orientación sexual e identidad de género es la modificación que en 2018 sufrieron las 100 Reglas de Brasilia cuando en la Sección 2da “Personas beneficiarias de las Reglas”, en la regla nro. 3 que define a las personas en situación de vulnerabilidad sostiene que:

Regla Nro. 3 “Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que

¹¹⁹ Cfr. Caso “*Atala Riffó y niñas Vs. Chile*”. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91; Caso “*Duque Vs. Colombia*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 105, y Corte IDH. Caso “*Flor Freire vs Ecuador*” Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 118.

¹²⁰ Caso “*Peck Vs. Reino Unido*” (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párrafo 57 (“... There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of [‘]private life[‘]”), T.E.D.H., Caso “*P.G. y J.H. Vs. Reino Unido*” (No. 44787/98), Sentencia de 25 de septiembre de 2001. Final 25 de diciembre de 2001, párr. 56. Cfr. T.E.D.H., Caso “*Niemietz Vs. Alemania*”, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29

¹²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso “*Relating to certain aspects of the law on the use of languages in education in Belgium*”, 23 de julio de 1968, párrafo 10

las sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”

y en la regla nro. 4 en la que desarrolla las causales de vulnerabilidad que actualmente reza:

Regla Nro. 4 “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas – culturales, entre ellas a las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad...”

la total modificación de la regla nro. 20 inclinada a la protección de la identidad de género y la orientación sexual es una clara demostración de la relevancia y aceptación de la temática como de cuestión primordial para tener en cuenta

Regla Nro. 20 “Son causas de vulneración de acceso a la justicia, las acciones o conductas discriminatorias hacia las personas por motivo de su orientación o identidad sexual, o por razones de género”

en igual sentido la regla nro. 44 promueve la capacitación en la temática de género. La regla nro. 50 establece una discriminación positiva con respecto a las personas especialmente vulnerables.

Esas modificaciones en el sistema de acceso a la justicia en las que se reconoce la existencia de la problemática de género, orientación sexual e identidad de género amplían la protección ya existente por condición de vulnerabilidad de ciertos sectores a éstos.

Los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos con carácter erga omnes. También deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier

manera se dirijan directa o indirectamente a crear situaciones de discriminación de iure o de facto. Por último, deben adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en las sociedades y tienen el deber especial de erradicar las realizadas por terceros.

Es por ello por lo que las normas constitucionales y los instrumentos de derechos humanos prohíben la discriminación con base en ciertas categorías o criterios de diferenciación expresamente señalados.

9.1 Discriminación negativa

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia coinciden en incluir en el ámbito normativo del principio de igualdad y no discriminación a la discriminación negativa que prohíbe toda acción u omisión lesiva basada en las categorías interdictorias y a la discriminación positiva que impone obligaciones o deberes activos y prestacionales a los sujetos pasivos.

El primer modelo asume que las diferencias descriptivas de las personas no justifican diferencias normativas en términos de igualdad. El segundo modelo sostiene que ante ciertas diferencias descriptivas son necesarias determinadas acciones para que se pueda lograr una real igualdad normativa.¹²²

Carlos S. Nino¹²³ sostiene que se han levantado dudas, en el marco de una concepción liberal de la sociedad, sobre la admisibilidad de las prácticas que conllevan una discriminación positiva. Estas se vinculan a tres cuestiones: a) si quienes se resultan beneficiados por la discriminación inversa son las personas realmente perjudicadas por la discriminación directa o si se trata de personas diferentes, b) si quienes resultan perjudicados por la discriminación inversa (las personas que hubieran sido contratadas o admitidas si no fuera por las cuotas) son las personas que fueron beneficiadas por la discriminación directa, c) si admitir la discriminación inversa en casos que despiertan nuestra simpatía no homologa un criterio que puede ser extendido, lógica o psicológicamente a otros casos.

¹²² FERRAJOLI, Luigi. *"Democracia y garantismo"*. Ed. Trotta, 2008, Madrid, pág. 128

¹²³ NINO, Carlos S. *"Fundamentos de derecho constitucional"*. Astrea, 1992, Buenos Aires, pág. 424

Nino sostiene que algunos autores liberales –como por ejemplo Judith Thomson y Ronald Dworkin- han proporcionado argumentos importantes para neutralizar las objeciones planteadas; uno de ellos expresa que del hecho de que no todos los varones y los blancos hayan participado de la discriminación contra las mujeres y los negros, no se infiere que no se hayan visto directa o indirectamente beneficiados por los resultados de esa discriminación, y que del hecho de que no todos los negros y las mujeres hayan sido perjudicados directamente por la discriminación, no se infiere que no lo hayan sido directamente en su autoestima y en los esfuerzos que debieron hacer para evitar los daños directos.

Generalmente las situaciones de discriminación que requieren medidas positivas¹²⁴ y no una mera interdicción prohibitiva no se plantean de manera normativa y objetiva, sino que resultan de prácticas encubiertas sostenidas por la opacidad de un discurso jurídico que se esconde en los entramados de falsos universalismos sostenidos por el principio de igualdad formal.

En la Opinión Consultiva OC 24/17 la Corte Interamericana de Derechos Humanos aclara sobre las dimensiones de la igualdad y no discriminación y dice:

“202. Además, el Tribunal ha sostenido reiteradamente que el artículo 1.1 de la Convención tiene dos vertientes. Por una parte, se encuentra la obligación de respeto (negativa) que implica que los Estados se deben de abstener de cometer actos que conculquen los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Convención¹²⁵; por la otra, se encuentran las obligaciones de garantía (positivas) de los Estados. Estas obligaciones implican el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹²⁶. Estas obligaciones se configuran y deben manifestarse de diferentes formas, dependiendo del derecho del cual se trate. Es evidente, por ejemplo, que para asegurar la igualdad y no discriminación de jure y de facto no se requiere de los mismos actos por parte del Estado, que para asegurar el ejercicio de la libertad de expresión. Aunado a ello, se encuentra la obligación general contenida en el artículo 2 que requiere a los Estados

¹²⁴ Ver NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *“El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”*, 2006, Nro. 10, AFDUDC,

¹²⁵ Cfr. Caso de los *“Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”*, párr. 139, y Caso *“Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador”*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, párr. 130.

¹²⁶ Corte IDH. Caso *“Gelman Vs. Uruguay”*, párr. 189, y Caso *“I.V. Vs. Bolivia.”* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 207.

adecuar su derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención.”

9.2 Discriminación positiva

El art. 75 inc. 23 de la Constitución argentina le impone al Congreso la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato de manera general y de forma particular. Para ambas situaciones, la combinación de legislar y promover establece la fuerza normativa y plena operatividad de la norma, cuya inobservancia genera una clara omisión inconstitucional e inconvencional de satisfacción del sistema de derechos y habilita automáticamente el control de constitucionalidad y de convencionalidad en los casos concretos donde se invoque.

Desde la perspectiva doctrinaria Bidart Campos¹²⁷ sostiene que los derechos se promueven cuando se adoptan medidas para hacerlos accesibles y disponibles a favor de todos; eso exige una base real igualitaria que elimine, por debajo de su nivel, cuanto óbice de toda naturaleza impida que muchos consigan disfrutar y ejercitar una equivalente libertad real y efectiva, por lo tanto, el Congreso queda gravado con obligaciones de hacer: legislar y promover medidas de acción positiva.

La primera parte del art. 75 inc. 23 tiene como objeto garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

La segunda parte del art. 75 inc. 23 se orienta a grupos particulares que históricamente han sido vulnerados: los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

La impronta de dicha norma se reflejó en el caso “Halabi”¹²⁸ donde la Corte Suprema de Justicia definió a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos como aquellos en donde si bien se afectan derechos individuales enteramente

¹²⁷ BIDART CAMPOS, Germán J. *“Tratado elemental de derecho constitucional argentino”*. Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 80

¹²⁸ CSJN 332:111 Votos de Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco y Zaffaroni.

divisibles, existe un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y que se identifica como una causa fáctica homogénea. Como ejemplo de esta categoría, se observan “*los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados*”.¹²⁹ Dicha categoría también alojará aquellas situaciones que abarquen derechos subjetivos no homogéneos pero donde “exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”. Claramente la referencia normativa de un sector afectado se vincula directamente con la segunda parte del art. 75 inc. 23.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC 24/17 sostiene:

“65. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.”

9.3 Discriminación directa e indirecta

La doctrina distingue entre discriminación directa e indirecta, tomando como base una diferenciación jurisprudencial originada en la Corte Suprema de los Estados Unidos, a partir de la sentencia “*Griggs v. Duke Power Company*”¹³⁰.

La discriminación directa, que también puede denominarse discriminación en el trato, o discriminación jurídica, consiste en un tratamiento diferente y perjudicial basado en la pertenencia de determinadas categorías, y carente de una justificación objetiva y razonable. En cambio, la discriminación indirecta, también denominada discriminación de hecho, de impacto, o por los resultados, comprende los tratamientos formalmente neutros, pero que producen un resultado

¹²⁹ CSJN 332:111 Considerando 12

¹³⁰ 401 U.S. 424 (1971)

perjudicial o peyorativo para un colectivo determinado de personas por sus condiciones o pertenencia a una categoría determinada.

En otras palabras, la discriminación indirecta afecta la igualdad de una manera relativamente encubierta, porque la discriminación no se puede notar en la norma directamente, sino que surge al analizar su aplicación o los resultados de ella, es decir, la norma o acto se presenta como aparentemente neutro, porque la discriminación solo puede notarse en los hechos, en las consecuencias o resultados de su aplicación. Es un trato formalmente igual (o cuyo criterio diferenciador parece neutro desde el punto de vista de las “categorías sospechosas” de discriminación), que sin embargo produce un efecto discriminatorio respecto a un colectivo determinado definido por características como la raza, el sexo, la opinión, etc., normalmente porque la mayor parte de las personas que están en la situación aparentemente “neutra” a la que se da determinado trato, habitualmente peor, pertenecen también a dicho colectivo.

La CIDH también ha establecido que el examen de normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y la no discriminación abarca también el posible impacto discriminatorio de estas medidas, aun cuando parezcan neutrales en su formulación, o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado. Existe un potencial impacto discriminatorio y desproporcionado que puede tener sobre un grupo de personas la existencia de estas normas, acciones o políticas en apariencia neutrales.¹³¹

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la CEDAW nos dice que

“Los Estados partes tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir el derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación y hacer efectivo su derecho a la igualdad de jure y de facto o sustantiva con el hombre. Los Estados partes deberán asegurar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer. Se entiende por discriminación directa contra la mujer la que supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género. La discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las

¹³¹ Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, definen ambas en sus respectivos artículos 1.2

desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra. Además, la discriminación indirecta puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre.”¹³²

La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia en su art. 1.2 define a la discriminación indirecta como:

“Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.”

9.4 Discriminación interseccional

Discriminación interseccional es un concepto que se deriva del reconocimiento por parte de la doctrina de la multiplicidad de factores que convergen en las personas y conforman su individualidad. Así, las distintas características pueden conllevar factores de discriminación que, con el feminismo a partir de los años 70 y con autoras como C. MacKinnon y K. Crenshaw, se visibilizaron en las discusiones detrás de la transversalidad del sexo como factor de vulnerabilidad y de discriminación que agravaban las condiciones de opresión y subordinación.

Interseccionalidad¹³³ debería ser entendido como una conceptualización del problema que busca captar las consecuencias estructurales y dinámicas de la interacción entre dos o más ejes de la subordinación. Ella trata específicamente de la forma por la cual el racismo, el patriarcado, la

¹³² Proyecto de Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 16 de diciembre de 2010.

¹³³ La “interseccionalidad” o también denominada “discriminación múltiple” está reconocida por varios instrumentos internacionales (Recomendaciones Generales N° 28, 30, 35 del Comité CEDAW; artículo 9 de la Belém do Pará; Recomendaciones Generales del Comité de la CERD - Convención para la Eliminación del Racismo, entre otras)

opresión de clase y otros sistemas discriminatorios crean desigualdades básicas que estructuran las posiciones relativas de las mujeres, razas, etnias, clases y otras.

A este desarrollo agrega el Comité para Eliminar la Discriminación contra la Mujer de la CEDAW que:

“18. La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación general N° 25”¹³⁴

Durante mucho tiempo se explicó como el sexo, la edad, la religión, la pobreza, la nacionalidad, etc. incidían como condicionantes vulnerantes que potenciaban la discriminación, pero es el caso “Gómez Lluy vs. Ecuador es el primer caso en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expide sobre la conjunción de varios factores de vulnerabilidad que funcionaron en forma conjunta para determinar un grado de discriminación específico y una afectación determinada, siendo este un paso único en el desarrollo de la discriminación, especialmente contra la mujer.¹³⁵

En varios párrafos de la sentencia, en un caso que trata sobre una niña de bajos recursos de tres años a la que por medio de una transfusión de sangre se le inyecta el virus del VIH, se

¹³⁴ Proyecto de Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 16 de diciembre de 2010

¹³⁵ Para un mayor desarrollo doctrinal sobre el tema, ver Aylward, Carol, “Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide”, *Journal of Critical Race Inquiry*, Vol 1, No 1 y, Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas,” en Clérico, Laura, Ronconi, Liliana, y Aldao, Martín (eds.): *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, págs. 133-159

mencionan las distintas vulnerabilidades por razón de su edad, sexo, pobreza y ser portadora del virus del VIH que funcionaron como condicionantes de la discriminación sufrida.

Es el juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot quien se detiene en este punto en particular y profundiza la idea describiéndola de la siguiente manera:

“6. La Corte IDH por primera vez utiliza el concepto de “interseccionalidad” de la discriminación en los siguientes términos:

*290. Como se observa, la Corte nota que en el caso Talía confluieron **en forma interseccional** múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, en tanto niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados. (Negrilla fuera de texto).*

7. El concepto de interseccionalidad permite profundizar la línea jurisprudencial del Tribunal Interamericano sobre los alcances del principio de no discriminación, teniendo en cuenta que en el presente caso se configuró una discriminación múltiple asociada al carácter compuesto en las causas de la discriminación. En efecto, la discriminación contra Talía estuvo asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socioeconómico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió. La intersección de estos factores en una discriminación con

características específicas constituyó una discriminación múltiple que, a su vez, constituyó una discriminación interseccional. Sin embargo, no toda discriminación múltiple, necesariamente, está asociada a interseccionalidad.

8. En efecto, respecto a la discriminación múltiple o compuesta, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido que algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, y que esa discriminación acumulativa afecta a las personas de manera especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla¹³⁶. Para que sea posible considerar una discriminación como “múltiple” es necesario que existan varios factores que motiven dicha discriminación. En similar sentido la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Asamblea General de la OEA en junio de 2015, define la discriminación múltiple como “[c]ualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación”^{137 138}.

“11. La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación⁸. Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos.”¹³⁹

¹³⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General No. 20, E/C.12/GC/20 de 2 de julio de 2009, párr. 17.

¹³⁷ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015, artículo 2.

¹³⁸ Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot en el caso “Gómez Lluy vs. Ecuador” Sentencia del 1 de septiembre de 2015 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

¹³⁹ Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot en el caso “Gómez Lluy vs. Ecuador” Sentencia del 1 de septiembre de 2015 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia en su art. 1.3 define a la discriminación múltiple o agravada como:

“Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada”

9.5 Igualdad como reconocimiento

Desarrollan Laura Clérico y Martín Aldao que la idea de igualdad como reconocimiento busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales.¹⁴⁰

9.6 Desigualdad estructural

La desigualdad estructural¹⁴¹ en cuestiones de género ha sido definida como el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, en que hombres y mujeres se enfrentan a distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y a diferentes

¹⁴⁰ CLERICO, Laura y ALDAO, Martín. *“Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”*, en *Revista Estudios Constitucionales, Facultad de Derecho/Universidad de Talca, Santiago de Chile, julio 2011*.

¹⁴¹ Este trabajo se enfoca en estereotipos de género, por orientación sexual o identidad de género, pero lo que sostenemos puede ser utilizado para estereotipos, tales como aquellos por etnia, condición social, edad, religión, apariencia física, o cuando aparecen en forma combinada por género, condición económico-social, entre otros.

oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido al hecho biológico de ser hombres y mujeres.¹⁴²

El concepto de discriminación estructural ha sido destacado por la CIDH con un particular énfasis en la necesidad de realizar una valoración amplia del contexto histórico, temporal y geográfico en casos donde se presenten patrones de discriminación. En este sentido, al verificar la existencia de una situación de discriminación estructural, la Comisión ha entendido que el Estado debe tomar medidas acordes para disminuir y eliminar la situación de inferioridad o exclusión contra determinada persona o grupo de personas. Por ejemplo respecto a situación de las personas afrodescendientes en las Américas, la CIDH en su Documento 62 del 5 diciembre 2011 sostuvo “La situación de discriminación estructural se verifica en los indicadores de acceso a vivienda, créditos y préstamos, salud y educación de calidad, índice de expectativa de vida y tasa de nutrición, y en las dificultades para el uso del espacio público o el acceso a determinados lugares de recreación”¹⁴³. Por otra parte, la situación de discriminación estructural no solamente se advierte en las estadísticas o indicadores, sino que se reproduce en el imaginario colectivo y en la continuidad de estereotipación de la población afrodescendiente, aplicándoles calificativos peyorativos e irrespetuosos a su dignidad como personas.¹⁴⁴

El caso paradigmático en este tema fue “Campo Algodonero”¹⁴⁵ de la Corte IDH y seguidamente se utilizó para analizar las investigaciones de los feminicidios ocurridos en Guatemala (“Caso Veliz Franco”¹⁴⁶, “Velásquez Paiz”¹⁴⁷ y “Gutiérrez Hernández”¹⁴⁸) en los que la Corte IDH puso en evidencia la existencia de prácticas institucionales desiguales discriminatorias que llevaron a la violación de derechos fundamentales.

¹⁴² PELLETIER QUIÑONES, Paola. “La “discriminación estructural” en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 2014, Revista IIDH, nro. 60, página 209.

¹⁴³ CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. Doc. 147. 7 septiembre 2017, parágrafo 160; y CIDH. Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos. Doc. 69. 7 junio 2010, parágrafo 70

¹⁴⁴ CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana.

¹⁴⁵ Corte IDH. Caso “González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205,

¹⁴⁶ Corte IDH. Caso “Veliz Franco y otros Vs. Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277

¹⁴⁷ Corte IDH. Caso “Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”, Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) del 19 de noviembre de 2015).

¹⁴⁸ Corte IDH. Caso “Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala” (Interpretación de Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) del 22 de agosto de 2018

En cuanto al desarrollo del concepto, éste fue ampliamente tratado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la CEDAW que por ejemplo ha dicho: *“Las obligaciones de los Estados partes en virtud de la Convención les exigen ocuparse de todas las violaciones de los derechos de la mujer, además de la discriminación estructural subyacente por razón de sexo y género que sustentó dichas violaciones”*¹⁴⁹ y en el mismo documento aclara sobre las reparaciones que corresponden en estos casos *“En lugar de restablecer la situación existente antes de las violaciones de los derechos de la mujer, las medidas de reparación deben procurar transformar las desigualdades estructurales que provocaron dichas violaciones, responder a las necesidades específicas de las mujeres y evitar que se vuelvan a producir.”*¹⁵⁰

En el fallo “Atala Riffo” la Corte IDH da un paso más allá de lo que dijo en “Campo Algodonero” extendiendo la desigualdad estructural a las cuestiones sobre orientación sexual cuando dice que:

*“92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta 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...”*¹⁵¹

9.7 Igualdad de oportunidades

En palabras de María Victoria Ballesteros igualdad de oportunidades significa, entre otras cosas, también la posibilidad para los miembros de un grupo desventajado (el género femenino, por ejemplo) de competir con armas parejas con quienes pertenecen a un grupo aventajado. Dar “oportunidades” iguales significa entonces, y sobre todo, poner a quienes pertenecen en un grupo

¹⁴⁹ Recomendación general núm. 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1 de noviembre de 2013, párrafo 77.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 79.

¹⁵¹ Corte IDH. Caso “Atala” párrafo 92

aventajado en condiciones de obtener un resultado igual. El primer significado de igualdad de oportunidades es por tanto el restablecimiento de condiciones de paridad en los puntos de partidas entre los pertenecientes a los dos sexos. La (sola paridad en los puntos de partidas, si embargo, no garantiza por sí iguales resultados.¹⁵²

Sigue explicando la autora que no hay dudas que la realización de la igualdad de oportunidades, sobre todo entre hombres y mujeres, consiste siempre y en todo caso, en cualquier fase de recorrido y no sólo en la inicial, en la eliminación de las consecuencias desfavorables, las desigualdades, que derivan de la existencia de diferencias sociales entre los dos sexos. Y agrega que las medidas jurídicamente desiguales dirigidas a realizar las iguales oportunidades pueden, aunque no deben, comportar la preconstitución de resultados de igualación no alcanzables de otro modo.¹⁵³

¹⁵² *BALLESTERO, María Vittoria. "Acciones positivas. Punto y aparte" en DOXA, Nro. 19, 1996, página 100.*

¹⁵³ *Ibidem página 101*

CAPÍTULO II

LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA DE DISCRIMINACIÓN

10 EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 29 DE LA CADH

Afirma Rodolfo Vigo: “Los tratados de derechos humanos, se encargan de reconocer que no los están creando cuando sancionan estos textos, sino reconociéndolos y con alcance universal e inalienable. Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que cuenta con el poder de definir en última instancia el derecho vigente en los diferentes Estados de esa región y, si bien es una materia acotada, es indudable que cuenta con una ineludible elasticidad que queda confiada al self-restraint de los jueces que la integran”¹⁵⁴

Cuando el legislador de estos derechos puede actualizar el ordenamiento, como ocurre en las constituciones que han sido actualizadas, no hay grandes problemas, pero cuando estos documentos no pueden ser actualizados legislativamente por ser inviables las reformas la adaptación de estas declaraciones a los nuevos tiempos se realiza a través de la interpretación de los derechos.

Para la realización de la actividad interpretativa que, en principio, el Pacto de San José de Costa Rica¹⁵⁵ requiere, es que la Corte IDH ha utilizado este tipo argumentativo basado esencialmente en la evolución antropológica del ser humano y su desarrollo social. Así sostiene que con el transcurso del tiempo deben adaptarse los conceptos a los nuevos paradigmas con la finalidad de que, al ampliar su contenido, se protejan mayor cantidad de derechos.

La Convención Americana y algunos tratados de derechos humanos se inspiran en valores centrados en la protección del ser humano¹⁵⁶ a diferencia de las demás convenciones y tratados

¹⁵⁴ VIGO, Rodolfo Luis. 2015. “*Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*”. Buenos Aires : Rubinzal - Culzoni, 2015, pag. 33

¹⁵⁵ *Convención Americana sobre Derechos Humanos, ley 23.054, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional*

¹⁵⁶ *El principio pro personae se ha transformado en una regla de interpretación de los tratados internacionales. a. Esta regla dice que debe elegirse la alternativa más favorable a la protección del derecho en disputa. Caso “Atala Ríffo y niñas vs. Chile”, párr. 84; La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, párr. 52, y Sentencia de fondo en el caso de la “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, párr. 106.*

cuyo foco esté puesto en la reglamentación de intereses recíprocos de los Estados por lo que la interpretación que se le dé a estos tratados debe ser en un todo de acuerdo con su objeto y su fin para asegurar el cumplimiento de los Estados Parte en un todo conforme a sus legislaciones internas.

Los tratados de derechos humanos deben ser interpretados como instrumentos vivos que acompañen los tiempos como van evolucionando. Esta afirmación se condice con el art. 29 de la Convención Americana y es la base y fundamento de la interpretación evolutiva.¹⁵⁷

Sostuvo en la sentencia del Caso Atala que: “La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹⁵⁸. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”¹⁵⁹

La Corte IDH ha cumplido esta tarea con conciencia de desarrollo, esto es, ajustándose a las nuevas exigencias que cada caso va planteando, de manera consecuente con ese concepto de interpretación evolutiva¹⁶⁰¹⁶¹

Siguiendo este orden de ideas, en *Atala Riffo vs. Chile*, la Corte IDH entiende, utilizando una interpretación evolutiva, que la cuestión sobre elección sexual de una de las partes transformaba la *res decidendi* en categoría sospechosa de discriminación y debía ser reforzada la fundamentación de la resolución.

Esta postura respecto a la categoría sospechosa no le es propia, sino que la importa de los Estados Unidos de América adaptándola a la cultura de los pueblos que suscriben el Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁵⁷ Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica.

¹⁵⁸ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114 y Caso de la “*Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106. En el Tribunal Europeo ver T.E.D.H., “*Caso Tyrer v. Reino Unido*”, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

¹⁵⁹ Corte IDH. Caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 81

¹⁶⁰ Ver al respecto OC-10/89, OC-16/99 y OC-17/02.

¹⁶¹ Conforme Opinión Consultiva OC-16/99, párrafo 114; Caso de la “*Masacre de Mapiripán vs. Colombia*”, párrafo 106 y Caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”. Fondo, reparaciones y costas, párrafo 83.

Existiría, conforme la jurisprudencia del TEDH en el caso “Johnston y otros contra Irlanda”¹⁶², un límite a esta interpretación que estaría puesto en la imposibilidad de modificar el tenor del tratado internacional introduciendo o incorporando un derecho no previsto inicialmente por los Estados partes, exactamente dijo:

“It is true that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions (see, amongst several authorities, the above-mentioned Marckx judgment, Series A no. 31, p 26, #58). However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate.”

10.1 Las dos posturas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con respecto al alcance de la interpretación que habilita el artículo 29 CADH, vale decir qué es lo que se puede interpretar utilizando esta metodología con componentes sociológicos, los diferentes miembros de la Corte han establecido dos posturas antagónicas.

La primera de las posturas es la que asume, por ejemplo, el juez Alberto Pérez Pérez en la ampliación de argumentos del voto concurrente en el caso “Gómez Lluy vs. Ecuador” al discutir el alcance de los derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador y menciona que:

“15. Por consiguiente, la Corte Interamericana no puede asumir competencia respecto de la presunta violación de un derecho o libertad no incluido en el régimen de protección ni por la Convención Americana ni por el Protocolo de San Salvador. En algunas ocasiones podrá –y así lo ha hecho en varios casos, incluido el presente– lograr un resultado análogo aplicando, correctamente, otras disposiciones, como las que protegen el derecho a la integridad personal, a la propiedad o a las garantías judiciales y la protección judicial.

16. Tampoco se puede invocar un principio como el de la interpretación progresiva de los instrumentos internacionales para añadir derechos al régimen de protección. El ámbito adecuado de aplicación de ese principio es el de la interpretación de un derecho o libertad, o de una obligación estatal, que exista y esté incluida en el régimen de protección de la Convención o el Protocolo, en un sentido distinto y generalmente más amplio que el que le hayan dado originalmente sus autores. Ejemplo de esto es la inclusión de la orientación de

¹⁶² TEDH, “*Johnston and others v. Ireland*”, 18 December 1986, § 53, Serie A, núm. 112

género dentro de la mención de “cualquier otra condición social” como uno de los motivos de discriminación prohibidos por el artículo 1.1 de la Convención.¹⁶³ ¹⁶⁴

Quienes se enrolan en esta posición limitan la aplicación metodológica de la interpretación progresiva o evolutiva sólo al análisis de los alcances de los derechos consagrados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La postura amplia, por otro lado, es la que ha sido sostenida por la jueza Margarette May Macaulay, entre otros, en su voto concurrente en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina” al tratar el alcance del artículo 26 de la CADH donde sostiene que:

“7. Para determinar estas fuentes se debe aplicar el principio pro-persona y considerar que, de acuerdo al contenido del artículo 29(b) del Pacto de San José, las disposiciones de la Convención Americana no se pueden interpretar de una manera que “limit[e] el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”¹⁶⁵. Por lo tanto, con el objetivo de brindarle contenido a ambos derechos, es necesario hacer referencia a tratados tales como el Pacto de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶⁶ y aquellos especificados por la entidad a cargo de su interpretación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “

[...] “9...Mi opinión es que lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la convención americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional...”¹⁶⁷

¹⁶³ Ver, por ejemplo, “Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

¹⁶⁴ Voto concurrente del Juez Alberto Pérez Pérez en el caso “Gómez Lluy vs. Ecuador”. Sentencia del 1 de septiembre de 2015 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

¹⁶⁵ La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Series A No. 5, párr. 52

¹⁶⁶ Aprobado por Argentina mediante la Ley 23.313, ratificada el 8 de agosto de 1986.

¹⁶⁷ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el caso “Furlan y Familiares vs. Argentina”. Sentencia del 31 de agosto de 2012 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

En el mismo sentido y con el mismo alcance el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el voto concurrente en caso “Gómez Lluy y otros vs. Ecuador” entiende:

“20. La interpretación evolutiva¹⁶⁸ a la que se ha hecho referencia busca otorgar eficacia real a la protección interamericana en la materia, que luego de veinticinco años de adopción del Protocolo de San Salvador, y a casi tres lustros de su entrada en vigor, resulta mínima su efectividad; requiriendo una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto, como lo ha venido realizando el Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles y políticos....

...Por el contrario, la interpretación sistemática, integral y evolutiva, cimentada en la base normativa prevista en el artículo 26 de la Convención Americana y en sus relaciones con los artículos 1.1 y 2 de la misma, bajo la idea de que este artículo debe tener efecto útil porque no ha sido derogado, otorgan plena legitimación a este Tribunal Interamericano a dar pasos más decididos hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, más aún si se tiene en cuenta la tragedia diaria asociada a la negación sistemática de estos derechos en los países de las Américas.”¹⁶⁹

Según entendemos creen existe la posibilidad de, mediante una interpretación progresiva o evolutiva, actualizar el sentido de la CADH y su Protocolo incluso ampliando el contenido de ciertos artículos como el 26 con la finalidad de incluir en ellos derechos no expresamente consagrados en la Convención.

Creemos esta postura es más protectora de derechos para las personas, pero con la consecuencia de que la indeterminación, por lo menos en la literalidad de la Convención, podría ser alegada por los estados como defensa y servir para la evasión de responsabilidades.

11 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA CATEGORÍA SOSPECHOSA

¹⁶⁸ La interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana también tiene fundamento a la luz de la normativa constitucional y de las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales, especialmente para la justiciabilidad del “derecho a la salud”; como tratamos de evidenciar en los párrafos. 73 a 87, del Voto Concurrente en el Caso “Suárez Peralta Vs. Ecuador”. Sobre las prácticas judiciales para la protección del derecho a la salud en distintos países del mundo, véase Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (coords.) “La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

¹⁶⁹ Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot en el caso “Gómez Lluy vs. Ecuador” Sentencia del 1 de septiembre de 2015 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

La razón de tener un catálogo de categorías sospechosas es resaltar de manera no limitativa que existen ciertas características o atributos en las personas que han sido históricamente tomadas en cuenta para categorizar, excluir, marginalizar y/o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociados con estos atributos o características. Así, por ejemplo, las categorías de sexo, raza, color, origen nacional, posición económica, opiniones políticas, o cualquier otra condición o situación social, han sido consideradas como las principales categorías sospechosas incluidas en los tratados internacionales y en diversas Constituciones.

Ahora bien, con el paso del tiempo, se ha incluido en la jurisprudencia y/o en las Constituciones otras categorías atendiendo a otras formas de discriminación detectadas. Así pues, por un lado, en atención al carácter evolutivo de la interpretación de los derechos humanos, la jurisprudencia convencional y constitucional ha incluido, por ejemplo, a la preferencia sexual, bisexualidad¹⁷⁰, transexualismo¹⁷¹, personas intersex¹⁷², transgenerismo¹⁷³, travestismo¹⁷⁴, entre

¹⁷⁰ *Bisexualidad: Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Transgenerismo o trans: Este término paragua –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. CIDH “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, CP/CAJP/INF, |66/12 del 23 de abril de 2012.*

¹⁷¹ *Transexualismo: Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social. CIDH “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, CP/CAJP/INF, |66/12 del 23 de abril de 2012.*

¹⁷² *Personas intersex: Desde la perspectiva del sexo, además de los hombres y las mujeres, se entiende que se alude también a las personas intersex. En la doctrina se ha definido la intersexualidad como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente. Históricamente la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace “con ‘ambos’ sexos, es decir, literalmente, con pene y vagina. Estas expresiones, también se han reflejado en el lenguaje jurídico y en el lenguaje médico. En la actualidad, tanto en el movimiento social LGTBI, como en la literatura médica y jurídica se considera que el término intersex es técnicamente el más adecuado. CIDH “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, CP/CAJP/INF, |66/12 del 23 de abril de 2012.*

¹⁷³ *Personas transgénero: Este término paragua –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos.*

Dentro de la categoría transgénero también se han ubicado otras terminologías tales como: cross-dressers (quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto); drag queens (hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos, generalmente en contextos festivos); drag kings (mujeres que se visten como hombres exagerando rasgos masculinos, generalmente en contextos festivos); y transformistas (hombres o mujeres que representan personajes del sexo opuesto para espectáculos) CIDH “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, CP/CAJP/INF, |66/12 del 23 de abril de 2012.

¹⁷⁴ *Persona travesti: En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo. OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos.*

otras) como una categoría sospechosa de discriminación. Por otro lado, diversas Constituciones han previsto expresamente nuevas formas de categorías sospechosas, tales como la edad, la discapacidad y el estado civil -o el estado marital-.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina estableció que las distinciones que el estado haga sobre las personas con la finalidad de justificar un trato diferente fundadas en criterios de nacionalidad o sexo se presumen inconstitucionales, violatorias del artículo 16 de la Constitución Nacional.

Esa presunción de inconstitucionalidad¹⁷⁵ de la distinción sólo podrá ser desvirtuada por el Estado si demuestra la existencia de un interés estatal urgente que justifique la aplicación excepcional de esa categoría. Así es como esta en cabeza del Estado derribar la presunción y demostrar que no se está violando el principio de igualdad constitucional.

La persona afectada, no tiene la carga de argumentar que su derecho constitucional de trato igualitario ha sido afectado. Esto hace a la esencia de la categoría sospechosa de discriminación, la presunción es que la afectación existió por el sólo recurso a un criterio de esas características.

En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. A su vez, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”. El 17 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [...] cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. Lo anterior fue reiterado por las

Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012, párr. 19

¹⁷⁵ Ver, sin embargo, para una crítica de esta opinión, el artículo de Bianchi y Gullco, “*La cláusula de la igualdad: hacia un escrutinio más exigente*”, J.A. 2000-I-1241. Los autores consideran que el art. 20 de la Constitución no establece una “presunción de inconstitucionalidad” de las normas que discriminan a los extranjeros, sino que directamente las prohíben. Criterio transposable al género.

resoluciones 27/32 de 26 de septiembre de 2014 y 32/2 de 30 de junio de 2016. La prohibición de discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género¹⁷⁶ ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas, así como por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Esa preocupación tiene que ver con prejuicios arraigados en la sociedad que se traducen en homofobia y transfobia, entendida la homofobia como un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas, gay o bisexual; y a la transfobia como un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas trans. Dado que el término “homofobia” es ampliamente conocido, a veces se emplea de manera global para referirse al temor, el odio y la aversión hacia las personas LGBTI en general¹⁷⁷. De igual modo ocurre con la lesbofobia, odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas¹⁷⁸, aplicable también a las personas bisexuales, que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídas por personas del mismo sexo o de un sexo

¹⁷⁶ “Con mayor precisión teórica desde la sociología-jurídica, las acepciones orientación sexual, identidad de género y expresión de género han sido utilizadas como referentes para el reconocimiento y la exigibilidad de derechos, entre otros, por la legislatura y la judicatura. La determinación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad -los cuales han estado tradicionalmente invisibilizados-; reconoce la discriminación histórica a que han estado sometidas las personas que se identifican de esta manera; y las dota de protección”, cita del documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, CP/CAJP/INF, |66/12 del 23 de abril de 2012.

La expresión de género: la expresión de género ha sido definida como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”. CIDH “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, CP/CAJP/INF, |66/12 del 23 de abril de 2012.

En una parte de la doctrina se ha considerado que la expresión de género se encuentra subsumida dentro de la categoría identidad de género. Recientemente, sin embargo, se ha comenzado a establecer la diferencia entre identidad de género y expresión de género, incluyéndose específicamente ésta última en distintas leyes. De esta manera se reconoce que la expresión de género supone aspectos específicos de la manifestación externa y de la percepción social de la identidad de género, aspectos que habían estado tradicionalmente invisibles.

En particular, es de gran importancia tener presente que la expresión de género constituye una expresión externa y, aun cuando no se corresponda con la autodefinición de la identidad, puede ser asociada por terceros con una determinada orientación sexual o identidad de género.

¹⁷⁷ Naciones Unidas, Ficha de Datos. Derechos de las personas LGBT: Algunas preguntas frecuentes en <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/LGBT-FAQs-Esp.pdf>

¹⁷⁸ Mutatis mutandis, Naciones Unidas, Ficha de Datos. Derechos de las personas LGBT: Algunas preguntas frecuentes en <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/LGBT-FAQs-Esp.pdf>

distinto¹⁷⁹. La bisexualidad es una identidad única, que requiere ser analizada por derecho propio¹⁸⁰.

De este modo el sistema universal de derechos humanos genera un modo de protección ante la vulnerabilidad con miras al reconocimiento de la dignidad de la persona mediante la consideración de estos grupos minoritarios dentro de las categorías sospechosas de discriminación.

Conforme la jurisprudencia norteamericana para que un tópico sea considerado categorías sospechosa requieren de cuatro elementos que se consideran constitutivos de estas: 1) debe ser un elemento central de la identidad de la persona, constitutivo, esencial; 2) que haya estado asociado en el pasado a prácticas discriminatorias y de subordinación¹⁸¹; 3) que esos grupos tengan escaso poder político en la sociedad para hacerse representar en los órganos políticos para en ellos corregir las discriminaciones y 4) que usualmente no sea un criterio racional para instruir cargas y beneficios en la sociedad. Estas características fueron casi unánimemente aceptadas por la doctrina a los fines de establecer una “categoría sospechosa”.

Por último, es relevante señalar que varios Estados de la región han reconocido en sus ordenamientos jurídicos internos, sea por disposición constitucional, sea por vía legal, por decretos o por decisiones de sus tribunales, que la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes discriminatorios.

Laura Saldivia identifica solo tres características que suelen reunir las categorías sospechosas para gozar de protección judicial: i. Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad. ii. Han estado históricamente sometidas como grupo a patrones de valoración cultural que tienden a

¹⁷⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatoría de Derechos LGTBI. Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2017 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia/gbti.html>; Naciones Unidas, *Ficha de Datos. Derechos de las personas LGBT: Algunas preguntas frecuentes* en <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/LGBT-FAQs-Esp.pdf>; ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversos, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex*, diciembre de 2015, y *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012*

¹⁸⁰ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No.9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, HCR/IP/12/09, 23 de octubre 2012*

¹⁸¹ En *“Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia”* 427 U.S. 307 (1976), el Tribunal rehusó la consideración de los ancianos como categoría sospechosa, afirmando que los mismos no han vivido una “historia de trato desigual intencionado” ni se han visto sujetos a incapacidades específicas sobre la base de características estereotipadas que no indican realmente sus cualidades.

denostarlas. iii. No constituyen per se criterios sobre cuya base sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.¹⁸²

La orientación sexual reúne estas tres condiciones. En primer lugar, la orientación sexual es de carácter sustancial para la subjetividad, es un rasgo personal de las personas que ningún ente externo puede modificar y de modificarse afecta la identidad. En segundo lugar, tanto a nivel teórico como judicial, se ha reconocido que las personas homosexuales configuran un grupo tradicionalmente discriminado. En tercer lugar, la orientación sexual de las personas no es un dato que pueda utilizarse para cercenar los derechos constitucionales.

Ante la presencia de una categoría sospechosa será el Estado el que deberá desvirtuar la presunción de discriminación y probar que la diferencia de trato es objetiva y razonable a la luz de un escrutinio estricto.

Escrutinio estricto implica justificar que, para la consecución de un fin imperioso, “compelling interest”, el medio utilizado deviene idóneo, necesario y proporcional al fin.

En aquellos casos en que se aplicó el escrutinio estricto la Corte Suprema de Justicia de la Nación habló de una inversión de la carga de la prueba (o, lo que es lo mismo, del onus probandi). Tal vez sea más apropiado hablar de carga de la argumentación, en la medida en que lo que se exige de quien defiende la validez de la norma es que proporcione las razones que la justifican. Ello es, en realidad, una cuestión de derecho, que los tribunales pueden suplir a través de los métodos habituales de interpretación jurídica, en particular, el análisis de las fuentes de la norma o de los propósitos del legislador que resulten de los debates parlamentarios, o bien de la motivación en el caso de actos de alcance general.

11.1 Categoría Prohibida

¹⁸² SALDIVIA, L. (2011). “*Categorías sospechosas, flexibles y contextualizadas*”, en R. Gargarella, *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo XXI, pág. 37

Toda categoría sospechosa es, a su vez, categoría prohibida. Ninguna de las categorías signadas como sospechosas podrá ser usada como fundamento o base para determinar una desigualdad.

Roberto Saba sostiene que el principio de igualdad como no discriminación tiene dos efectos, “Por un lado, convierte a las categorías prohibidas en categorías de carácter simétrico, por ejemplo, no es posible usar la categoría “sexo” en ningún caso, y no sólo para justificar tratos desventajosos hacia los varones, sino tampoco hacia las mujeres. Por ese motivo y como segundo efecto, esas categorías, así entendidas, operan como obstáculo para llevar adelante políticas afirmativas que favorezcan a grupos estructuralmente desiguales y cuyo diseño e implementación tienen por objeto dismantelar las condiciones que hicieron y hacen de esos grupos castas inadmisibles en un régimen de igualdad de trato, en línea con lo que requiere el principio de igualdad como no sometimiento.”¹⁸³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC 24/17 determina que:

“74. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha calificado la orientación sexual, así como la identidad y la expresión de género como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1¹⁸⁴ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronunció en el mismo sentido con respecto al artículo 2.2¹⁸⁵ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y determinó en particular que la orientación sexual, y la identidad de género pueden ser enmarcadas bajo “otra condición social” por lo que también constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes que sean discriminatorios.

¹⁸³ SABA, Roberto. *“Pobreza, derechos y desigualdad estructural”*, México DF, 2012, Programa de Equidad de Género en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pág. 39

¹⁸⁴ Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹⁸⁵ Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

75. Además, el Comité de los Derechos del Niño¹⁸⁶, el Comité contra la Tortura¹⁸⁷ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁸⁸ han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación y respecto a la necesidad de erradicar las prácticas que discriminen a las personas en razón de su orientación sexual y/o identidad de género.”

12 EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA SOSPECHOSA DE DISCRIMINACIÓN

Si bien la idea de la existencia de la “categoría sospechosa” esta instaurada en los tribunales desde hace mucho tiempo¹⁸⁹, fue en 1955 que la Corte Suprema estadounidense en “Korematsu vs. United States”¹⁹⁰ del año 1944, proceso en el que se discutía la validez de un decreto del poder

¹⁸⁶ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, párr. 34; Observación general No. 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), 17 de abril de 2013, CRC/C/GC/15, párr. 8; Observación General No. 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8 (“es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales”); Observación General No. 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, 21 de julio de 2003, CRC/GC/2003/4, párr. 6 (“Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño”. Deb[e] añadirse también la orientación sexual [...]”), y Observación General No. 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 18 de abril de 2011, CRC/C/GC/13, párrs. 60 y 72. Asimismo, véase: Observaciones finales Nepal, CRC/C/NPL/CO/3-5 (CRC, 2016), párr. 41, Observaciones finales Nueva Zelanda, CRC/C/NZL/CO/5 (CRC, 2016), párr. 15; Observaciones finales Polonia, CRC/C/POL/CO/3-4 (CRC, 2015), párr. 17; Observaciones finales Rusia, CRC/C/RUS/CO/4-5, párrs. 24 y 25, 55 y 56, 59 y 60; Observaciones finales Gambia, CRC/C/GAM/CO/2-3, párrs. 29 y 30; Observaciones finales Australia, CRC/C/AUS/CO/4, párrs. 29 y 30; Observaciones finales Iraq, CRC/C/IRQ/CO/2-4, párrs. 19 y 20; Observaciones finales Tanzania, CRC/C/TZA/CO/3-5, párrs. 56 y 57.

¹⁸⁷ Conforme. Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observación General No. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 15 a 24; Observación General No 3. Aplicación del artículo 3 por los Estados Partes, 13 de diciembre de 2012, CAT/C/GC/3, párr. 8, 32 y 39; Observaciones finales Rusia, CAT/C/RUS/CO/5, párr. 15; Observaciones finales Kirguistán, CAT/C/KGZ/CO/2, párr. 19.

¹⁸⁸ Conforme Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, 16 de diciembre de 2010, CEDAW/C/GC/27, párr. 13, y Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 16 de diciembre de 2010, CEDAW/C/GC/28, párr. 18 (“La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género”). Asimismo, véase: Observaciones finales Ecuador, CEDAW/C/EQU/CO/8-9 (CEDAW, 2015), párr. 21.f; Observaciones finales Uganda, CEDAW/C/UGA/CO/7, párrs. 43 y 44; Observaciones finales Costa Rica, CEDAW/C/CRI/CO/5-6, párrs. 40 y 41; Observaciones finales Países Bajos, CEDAW/C/NLD/CO/5, párrs. 46 y 47; Observaciones finales Alemania, CEDAW/C/DEU/CO/6, párr. 61; Observaciones finales Guyana, CEDAW/C/GUY/CO/7-8, párrs. 22 y 23, y Observaciones finales Kirguistán, CEDAW/C/KGZ/CO/4, párrs. 9 y 10.

¹⁸⁹ Para ampliar se puede ver “Vega” de la CSJN 311:1565, “Williamson vs. Lee Optical” 348 U.S. 483 (1955), “Massachusetts Board of Retirement vs. Murgia” 427 U.S. 307 (1976), “Strauder vs. West Virginia” 100 U.S. 303 (1879), “United States vs. Carolene Products Co.” 304 U.S. 144, 153 (1938)

¹⁹⁰ 323 U.S. 214 (1944)

ejecutivo sobre residencia de japoneses en aquel país, introdujo el término cuando sostuvo que: “... *En primer lugar, debe ser señalado que todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto significa que los tribunales las deben someter a un escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca*”.

En igual sentido, pero mucho tiempo después el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “*Adulaziz, Cabales y Balkandakli vs. Reino Unido*”¹⁹¹, que trataba sobre el derecho de residencia de las mujeres en ese país, dijo que: “...*En lo que respecta a la cuestión en tratamiento, puede decirse que el desarrollo de la igualdad entre los sexos es, hoy día, un objetivo central de los estados miembros del Consejo de Europa. Ello significa que deberían presentarse razones de mucho peso antes que una diferencia en el tratamiento con base en el sexo pueda ser considerada compatible con la Convención.*”¹⁹²

Con anterioridad a la reforma de 1994 la Corte de Justicia de la Nación había interpretado el art. 20 de la Constitución Nacional en “*Repetto*”¹⁹³ en ocasión de tratar el ingreso igualitario a instituciones educativas. En ese fallo Petracchi y Bacqué utilizaron el criterio de “categoría sospechosa” creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para sostener que solo un interés estatal urgente puede justificar un tratamiento desigualitario. Actuaron en igual sentido en “*Carballo contra Nación Argentina*” de 1973¹⁹⁴

Son así categorías sospechosas aquellas que se están enunciadas en instrumentos internacionales y que su determinación es claramente fundada en el principio de igualdad de las personas. El art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos enuncia algunas de ellas como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, etc. y deja abierta la enunciación cuando reza “cualquier otra condición social”.

Esta norma abierta, el art. 1.1, permite a través de una interpretación evolutiva ir incluyendo nuevas categorías conforme afecten a sujetos o grupos que sean desplazados recayendo sobre el Estado la carga de justificar la desigualdad.

¹⁹¹ *European Court of Human Rights, 28 de mayo de 1985, application nos. 9214/80; 9473/81; 9474/81*

¹⁹² *Considerando nro. 78 del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

¹⁹³ *CSJN 311:2272*

¹⁹⁴ *CSJN 287:42*

Adentrándonos en la cuestión relativa al género y la categoría sospechosa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2000, en “González de Delgado”¹⁹⁵ apeló a esta categoría para validar el derecho de las mujeres al acceso a una institución educativa estatal.

Entendamos que no toda diferenciación, en términos de la Corte IDH, es discriminatoria. Así el mencionado Tribunal sostuvo: “[n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”¹⁹⁶

13 ORIENTACIÓN SEXUAL COMO “...CUALQUIER OTRA CONDICIÓN SOCIAL” EN LOS SISTEMAS DE DERECHOS HUMANOS

13.1 El sistema americano

Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “cualquier otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en

¹⁹⁵ CSJN 323:2659

¹⁹⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva 17/02 párrafo 47

la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.¹⁹⁷

La Corte IDH eliminó dos palabras cruciales al momento de interpretar el carácter cerrado o abierto del listado de criterios prohibidos de discriminación. No incluyó la palabra “cualquier” al referirse a la opinión de cualquier otra índole. Pero lo que es más importante, suprimió la palabra “social” al final de la expresión “o cualquier otra condición”. Con ello parecería que es posible ampliar el catálogo de prohibiciones, ya que no es necesario que se trate de una condición social sino de una simple condición. Si bien en abstracto la distinción parecería ser suficientemente sutil, en la práctica no lo es. La calificación de “condición social” implica que ella se da en un contexto social determinado, es una construcción social específica u opera en función de las relaciones entre personas, grupos de personas o la sociedad en su conjunto. En cambio, cualquier otra condición, aislada del calificativo “social”, amplía enormemente las posibilidades.¹⁹⁸

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

En el fallo de la Corte IDH “Atala Riffo y niñas vs Chile”, en lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso¹⁹⁹ respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la

¹⁹⁷ Corte IDH. (s.f.). “Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de las personas LGTBI”, Nro. 19, párrafo 85

¹⁹⁸ DULITZKY, Ariel. “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana” en “Anuario de Derechos Humanos”, 2007, CIDH, página 18

¹⁹⁹ Para ampliar ver PASCUAL VIVES, Francisco. “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI/2 Madrid, julio-diciembre 2014, pp. 113-153

Corte resalta que la presunta falta de un consenso 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. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial 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.

La interpretación de la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe realizarse bajo la pauta de interpretación *pro homine*. Así, siempre “*debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano*”²⁰⁰

Ahora bien, la Corte recuerda que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad.²⁰¹

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la cuestión de la orientación sexual, de ellas las más importantes y que hicieron camino al esclarecimiento de la cuestión fueron: 1) Informe N° 71/99, Admisibilidad, petición 11.656. Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, del 4 de mayo de 1999; 2) Informe N° 71/99, Solución amistosa, petición 81.09, X vs Chile, del 6 de agosto de 2009; 3) Informe N° 81/13, Fondo, petición 2723.02, Homero Flor Freire vs. Ecuador; del 15 de marzo de 2010. Este

²⁰⁰ Corte IDH. Caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 86

²⁰¹ CorteIDH. (s.f.). “*Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de las personas LGTBI*”, Nro. 19, párrafo 66

Ultimo ha sido presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos obteniendo un fallo favorable al Sr. Flor Freire; 4) Informe N°149/09, Fondo, petición 12.502, Karen Atala e hijas vs. Chile, del 18 de diciembre de 2009; 5) Informe N°5/14, Fondo, petición 12.841, Ángel Alberto Duque vs. Colombia, del 02 de abril de 2014. También elaboró un informe especial sobre la temática en ocasión del tratamiento del caso Atala, “Informe sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, abril 2012.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 24 de noviembre de 2017, publica la Opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica sobre “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” aclarando que:

“66. Ahora bien, la Corte recuerda que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad.

67. La Corte ha establecido, además, que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. De este modo, la Corte estima que la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, pero que tengan una entidad asimilable. En tal virtud, al momento de interpretar dicho término, corresponde escoger la alternativa hermenéutica más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio pro-persona.”

Para esclarecer la cuestión y proteger los derechos afectados la Asamblea General aprobó en la sesión del 5 de junio de 2013 la "Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia", la que señala en su artículo 1:

"La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra."

Esta Convención fue firmada por doce Estados Americanos y entró en vigencia el 20 de febrero de 2020.²⁰²

En lo que respecta la expresión de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima.²⁰³

La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. En consecuencia, de conformidad con lo anterior, se puede considerar que la prohibición de discriminar con base en la identidad de género se entiende no únicamente con respecto a la identidad real o auto percibida, sino que también se debe entender con relación a la identidad percibida de forma externa, independientemente que esa percepción corresponda a la realidad o no. En ese sentido, se debe concluir que toda expresión de género constituye una categoría protegida por la Convención Americana en su artículo 1.1.

En la misma línea, la Corte IDH considera que " ... tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada ... "²⁰⁴, por lo que la protección contra la discriminación basada en la orientación sexual "... no se relaciona únicamente sobre un trato menos favorable por ser lesbiana o gay. También abarca la discriminación porque un individuo

²⁰² La información de los Estados firmantes es al 15 de abril de 2020

²⁰³ Para ampliar ver fallo de la Corte IDH. Caso "Flor Freire vs Ecuador" Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

²⁰⁴ Corte IDH. Caso "Atala Riffo y niñas vs. Chile". Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 133

*actúa según su orientación sexual, al optar por participar en actividades sexuales consentidas en privado o decidir iniciar una relación de pareja a largo plazo con una persona del mismo sexo*²⁰⁵
*Por ello, " ... el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas ”*²⁰⁶

La Opinión Consultiva OC-24/17 concluye que:

*“68. De acuerdo con lo anterior, la Corte ha determinado, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, 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 o en la identidad de género de las personas*²⁰⁷. *Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana.*

84. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie, y bajo ninguna circunstancia, con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género. Lo anterior violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como la orientación sexual, y la identidad de género, que no pueden servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.”

Hoy existe un acuerdo generalizado en que la consecuencia fundamental de la proclamación de esos motivos, que se convierten así en “categorías sospechosas de discriminación”, es someter a un “escrutinio más estricto” a las diferenciaciones que se basan en una de esas circunstancias.

²⁰⁵ Corte IDH. Caso “*Atala Riffó y niñas vs. Chile*”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 134

²⁰⁶ Corte IDH. Caso “*Atala Riffó y niñas vs. Chile*”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 133. “... no se relaciona únicamente sobre un trato menos favorable por ser lesbiana o gay. También abarca la discriminación porque un individuo actúa según su orientación sexual, al optar por participar en actividades sexuales consentidas en privado o decidir iniciar una relación de pareja a largo plazo con una persona del mismo sexo”²⁰⁶

²⁰⁷ Cfr. Caso “*Atala Riffó y niñas Vs. Chile*.” Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91; Caso *Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 105, y Corte IDH. Caso “*Flor Freire vs Ecuador*” Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.), párr. 118.

13.2 El sistema europeo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es “otra condición” mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual prohíbe tratos discriminatorios. En particular, en el Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal²⁰⁸, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y fue la primera vez en sancionar por violar la igualdad de trato basado en la orientación sexual. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el Caso Clift Vs. Reino Unido²⁰⁹, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona y que son distinciones no aceptables por la Convención.²¹⁰

En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso Toonen Vs. Australia²¹¹ que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas, lo cual ha sido expresado reiteradamente en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados.

²⁰⁸ TEDH, 21 de diciembre de 1999

²⁰⁹ TEDH, 13 de julio de 2010, caso 7205/07

²¹⁰ TEDH, de 9 de enero de 2003, casos “*L. y V. contra Austria*”, párrafo 48, y *SL contra Austria*, párrafo 37, o 24 de julio de 2003, caso “*Karner contra Austria*”, párrafo 37

²¹¹ United Nation Human Rights Committee, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.²¹²

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha calificado la orientación sexual, así como la identidad y la expresión de género como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronunció en el mismo sentido con respecto al artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y determinó en particular que la orientación sexual, y la identidad de género pueden ser enmarcadas bajo “otra condición social” por lo que también constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes que sean discriminatorios.

En el caso Clift Vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de las que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona. En el caso S.L. Vs. Austria²¹³ indicó que las diferencias en el trato de las poblaciones heterosexual²¹⁴ y homosexual²¹⁵ sobre la base de la edad del consentimiento para tener relaciones sexuales carecían de justificación objetiva y razonable y eran, por ende, discriminatorias. Por otro lado, el Consejo de Europa ha adoptado una serie de

²¹² Corte IDH. (s.f.). “Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de las personas LGTBI”, Nro. 19, párrafo 89

²¹³ TEDH, 9 de enero de 2003, caso no. 45330/99

²¹⁴ Heterosexualidad: Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. CIDH “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, CP/CAJP/INF, |66/12 del 23 de abril de 2012.

²¹⁵ Homosexualidad: Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. De la información recibida por la Comisión se observa una tendencia en el movimiento LGTBI a reivindicar el uso y referencia a los términos lesbiana (para hacer referencia a la homosexualidad femenina) y gay o gai (para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina). CIDH “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, CP/CAJP/INF, |66/12 del 23 de abril de 2012.

textos encaminados a combatir la discriminación basada en la orientación sexual, y en una menor medida en la identidad de género.

Tradicionalmente, la jurisprudencia proponía evaluar los casos de alegadas discriminaciones analizando si el tratamiento diferenciado perseguía un fin legítimo y si existía una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido²¹⁶. Sin embargo, en los últimos tiempos ha comenzado a insinuarse un test diferenciado frente a las categorías expresamente mencionadas en el texto convencional. Este test generalmente requiere que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores.²¹⁷

²¹⁶ Ver TEDH, Caso *“Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium”* (Fondo), 23 de julio de 1968, Volumen 6, Serie A, párrafo. 10. Este es el primer caso del tribunal que desarrolla esta doctrina.

²¹⁷ DULITZKY, Ariel. *“El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”* en *“Anuario de Derechos Humanos”*, 2007, CIDH, página 20

CAPÍTULO III

EL EXAMEN ESTRICTO EN LA ARGUMENTACIÓN DEL SISTEMA AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Ruiz Manero sostiene que por la ponderación debe entenderse “...como una operación relativa a determinar la prevalencia o no de un cierto principio en concurrencia con otros en relación con determinados casos genéricos...”²¹⁸

Según Manuel Atienza no se puede negar la necesidad de la ponderación en la actualidad²¹⁹, partiendo del entendimiento de la existencia de un sistema basado en normas y principios, pero hay que reconocer, dice, que es un procedimiento regido por reglas, hay criterios racionales de ponderación. Este procedimiento de ponderación debe realizarse en dos supuestos específicamente: 1- cuando hay una laguna normativa, o sea cuando no hay ninguna regla que controle determinado caso a resolver, 2- cuando hay una laguna axiológica, hay una regla o sea una pauta específica, pero por razones axiológicas no está de acuerdo con los valores o razones del sistema.

Atienza explica “La ponderación es un procedimiento argumentativo en el que pueden distinguirse dos pasos. En el primero –la ponderación en sentido estricto- se pasa del nivel de los principios al de las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. Lo que podría llamarse la “justificación interna” de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas. [...] se pondera ... cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada a un caso (frente a los casos difíciles) y se necesita recurrir, en consecuencia, a los principios...”²²⁰y, en cuanto al control racional de la ponderación “...realmente el recurso a

²¹⁸RUIZ MANERO, Juan (coord.). *“Imperio de la ley y ponderación de principios”*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2018, página 103

²¹⁹ Confronte el postpositivista Juan Antonio García Amado sostiene que “...el método de la ponderación no tiene autonomía con respecto al interpretativo/subsuntivo; la ponderación es una operación valorativa y esencialmente discrecional; y la explicación de su éxito radica en factores ideológicos, en que esa doctrina «es la única que hoy aún puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones [de los Tribunales Constitucionales] y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de los tales Tribunales, siempre en detrimento del legislador» “ATIENZA, Manuel.” *Curso de argumentación jurídica*. 2015, Vol. Edición digital. Madrid: Trotta, página 255

²²⁰ ATIENZA, Manuel. “*Ponderación y sentido común*”, <https://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html?m=1>

la ponderación no es más que una estrategia (que pretende revestirse de racionalidad argumentativa) para esquivar el carácter autoritativo del Derecho (los mandatos del legislador) y convertirse, por lo tanto, en un instrumento al servicio de los intereses políticos del juzgador”²²¹ pero que puede ser bien utilizada si se apela a la “racionalidad práctica como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias, el atender a la moralidad positiva y a la moralidad crítica y, en último término, a la razonabilidad.”²²²

Robert Alexy²²³ indica que el modelo de la fundamentación de la ponderación evita una serie de dificultades, vinculadas con el concepto de la ponderación, ya que esta no es un procedimiento en el que un bien se obtiene a costa del otro, sino que su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que de acuerdo con la ley de colisión surge de una regla diferenciada de decisión. Afirma que: “En la ponderación no se trata de un asunto de todo o nada, sino de una tarea de optimización”²²⁴

Alexy desarrolla el “principio de proporcionalidad”²²⁵ que debe ser utilizado cuando hay que resolver problemas entre principios²²⁶ o derechos fundamentales. Este test de proporcionalidad al que se deben someter las razones fundantes de las desigualdades tiene partes o etapas, se examina primero el fin adecuado y luego se hacen los tres siguientes test de los subprincipios de

²²¹ *Ibidem*

²²² *ibidem*

²²³ Alexy considera que para determinar cuál de los principios ha de prevalecer en el caso enjuiciado hay que tener en cuenta tres elementos: 1) Una “ley de ponderación”, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. 2º) Una fórmula de “peso” de los principios, puesto que Alexy atribuye un valor numérico en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto de los mismos, según que aquel o éste sea leve, medio o intenso, y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, se clasifican, según el caso concreto, de seguras, plausible, o no evidentemente falsas. 3º) Las que llama “cargas de la argumentación”. Según Alexy, la prioridad de un principio sobre otro depende de tres elementos o variables: la afectación de los principios, el peso abstracto de los mismos, y la mayor o menor certeza de las afirmaciones empíricas.

²²⁴ ALEXY, Robert, *“Teoría de los derechos fundamentales”*, CEC, Madrid, 1993, p. 144

²²⁵ ALEXY, Robert, *“Teoría de los derechos fundamentales”*, CEC, Madrid, 1993, p. 147

²²⁶ Los principios son mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

proporcionalidad que son: el de idoneidad o conexión racional²²⁷, el de necesidad²²⁸ y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación²²⁹.²³⁰

Atienza explica que los subprincipios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. El acto del Estado que limite un derecho sea una ley o una sentencia, debe ser idónea para obtener esa finalidad y, además necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor.

En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, éste tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas.²³¹

Atienza sigue a Alexy en cuanto a la estructura de la ponderación y dice consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

La ley de la ponderación se formula así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas.

²²⁷ Establece que toda la intervención en los derechos fundamentales (derechos humanos positivizados conforme la doctrina de Alexy) debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo,

²²⁸ Es el que establece que toda medida de intervención de los derechos fundamentales debe ser más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

²²⁹ La importancia de los objetivos perseguidos por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación el significado del derecho intervenido. Esto es, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que éste implica para sus titulares y para la sociedad en general.

²³⁰ Bernal Pulido, Carlos. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

²³¹ En este sentido Ruiz Manero: “Las reglas que resultan de operaciones de ponderación o balance entre principios no son, por tanto, como no lo es ninguna regla, absolutamente estables, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como supraincluyente o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de laguna axiológica. Pero esas mismas reglas son, a su vez, relativamente estables, pues valen, como se ha dicho, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada en la regla cuya relevancia exija una operación de distinguishing. y en tal caso el resultado es, como también se ha dicho, una nueva regla más fina. Que será, a su vez, relativamente estable en el sentido recién precisado. Las reglas que resultan de operaciones de ponderación o balance entre principios no son, por tanto, como no lo es ninguna regla, absolutamente estables, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como supraincluyente o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de laguna axiológica. Pero esas mismas reglas son, a su vez, relativamente estables, pues valen, como se ha dicho, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada en la regla cuya relevancia exija una operación de distinguishing. y en tal caso el resultado es, como también se ha dicho, una nueva regla más fina. Que será, a su vez, relativamente estable en el sentido recién precisado.” Ruiz Manero, J. “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. una nota sobre reglas, principios, “soluciones en abstracto” y “ponderaciones equitativas”. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 pp. 823.

Alexy utiliza un valor numérico que atribuye a las variables, la afectación y el peso pueden ser leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate (el peso de los dos principios es idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia hacia el legislador).²³²

En cuanto a los valores, Alexy considera que se aplican de la misma manera que los principios, y señala que no es posible establecer un orden o jerarquía determinada (“dura”) de valores o principios, para todos los casos, aplicable de forma obligatoria. Pero si es posible hablar acerca de un orden “blando” a través de preferencias en favor de ciertos principios o valores²³³.

Atienza agrega que la ponderación no es la única técnica para la determinación o especificación del derecho, ya que la misma debe ser articulada o completada con otras, dependiendo de las características de los casos (fáciles o difíciles), por lo que deberá tenerse en cuenta la subsunción, la jerarquía, el contenido esencial y, junto a ello, los demás métodos tradicionales de interpretación –no se puede ponderar sin interpretar.

Señala que para comprender la técnica argumentativa de la ponderación resulta necesario verla como un procedimiento con dos pasos: en el primero —la ponderación en sentido estricto— se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver.²³⁴

14 LA INTERPRETACIÓN DEL ESCRUTINIO ESTRICTO QUE HACE LA CIDH Y LA CORTE IDH RESPECTO DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

²³² ATIENZA, Manuel. *“A vueltas con la ponderación”*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010, págs. 46-47

²³³ ALEXY, Robert. *“Teoría de los derechos fundamentales”*, op. cit., pp. 156-157

²³⁴ ATIENZA, Manuel. *“A vueltas con la ponderación”*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, 2010, pág. 53

Queda claro entonces que la existencia de cláusulas de igualdad no impide un trato desigual, sino que imprimen sobre la norma que así lo establezca una presunción de ilegitimidad y, por tanto, la defensa de su validez debe ser sometida a un escrutinio estricto.

La Opinión Consultiva OC 24/17 aclara que:

“81. Asimismo, la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma.”²³⁵

Conforme surge de la interpretación de los órganos de la CADH, existen grados de escrutinio, por decirlo de alguna manera, a los que se somete a los problemas sobre derechos. El escrutinio “mínimo”, si así lo podemos llamar, no somete a la finalidad constitucional a un análisis exhaustivo, sino que se limita a corroborar que la finalidad de la norma no sea contraria a la constitución, mientras que si el escrutinio es “estricto” se debe realizar un análisis profundo de la finalidad de la norma porque se presume que el legislador ha violado la constitución. La diferencia entonces existente entre un escrutinio “mínimo” y un escrutinio “estricto” que la norma del primero goza de la presunción de legitimidad mientras que la del segundo no, por lo que requiere una mayor carga argumentativa por parte del legislador y el sometimiento a un juicio estricto (pasar por el tamiz de los test de proporcionalidad) por parte del juzgador.

²³⁵ Conforme caso *“J.V. Vs. Bolivia”*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 241

Para la determinación de si estamos frente a una norma a la que se le debe realizar un escrutinio mínimo o uno estricto es que utilizamos las categorías sospechosas de discriminación que previamente desarrollamos. Por esto que los tribunales internacionales claramente especifiquen cuáles son las categorías sospechosas de discriminación es de vital utilidad para los operadores del derecho, de ese modo conocemos cuales tópicos requieren una argumentación y fundamentación reforzada y cuáles gozan de presunción de legitimidad.

El escrutinio estricto implica el sometimiento de la cuestión a un test de proporcionalidad.²³⁶ De esta manera toda medida que implique distinción o diferenciación de cualquier manera debe pasar los sub-exámenes de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

Retomando la idea desarrollada con anterioridad, los sub-exámenes mencionados fueron desarrollados ampliamente por el Tribunal Constitucional Alemán en ocasión de los juicios por los crímenes de guerra.

15 EL TEST DE PROPORCIONALIDAD Y SU UTILIZACIÓN EN EL “JUICIO ERICTO DE IGUALDAD”

15.1 El fin adecuado

Sostiene Aharon Barak: “Una de las principales características de las democracias constitucionales se encuentra en el hecho de que la autorización jurídica para la restricción de un derecho fundamental no es suficiente. Desde el punto de vista jurídico tener dicha autorización no equivale a tener legitimidad. Por el contrario, una democracia constitucional requiere, que la restricción del derecho fundamental para ser válida no sólo sea legal, sino que se encuentre justificada. En otras palabras, se exige el componente de la legitimidad. Este elemento está

²³⁶ A nivel interamericano, se ha desarrollado abundante jurisprudencia tomando como punto de partida la interpretación de los artículos 30 y 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen límites a las restricciones sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la misma. Por tomar sólo un ejemplo de este desarrollo jurisprudencial, un reconocimiento expreso de la versión estándar del test de ponderación se encuentra en el párr. 165 de la sentencia del “Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile”, del 24 de febrero de 2012.

compuesto por el fin adecuado y los medios para alcanzar tal fin, los cuales deben restringir el derecho fundamental de manera apropiada.”²³⁷

Del fin adecuado se desprende que no todo fin puede justificar una restricción de un derecho fundamental, sino que un derecho fundamental solo puede ser restringido con el objeto de alcanzar aquellos fines que pueden justificar una restricción a tal derecho. Los fines que justifican restringir un derecho fundamental se derivan de los valores en los que se funda la sociedad.²³⁸

15.2 La conexión racional

El test de conexión racional consiste, primeramente, en responder a la pregunta ¿los medios escogidos por la medida restrictiva son capaces de promover el fin subyacente a la medida?

La conexión racional exige que los medios utilizados para la restricción estén conectados racionalmente con el fin. Exige que los medios utilizados por la medida restrictiva puedan realizar o promover el fin que subyace a dicha medida; que el uso de tales medios conduzca de manera racional a la realización del fin de la medida. Por consiguiente, se requiere que los medios escogidos sean pertinentes para la realización del fin, en el sentido de que la medida restrictiva incremente la probabilidad de su realización. Si la realización del medio no contribuye al fin, el uso del medio no será proporcional.²³⁹

A criterio de Laura Clérico el examen en concreto de la Corte Interamericana no es muy exhaustivo en la investigación acerca de si el medio promueve el fin, le basta con que de alguna manera lo promueva y que si un medio pasa el subexamen de idoneidad no significa que sin más quede justificada la restricción al derecho, sólo que se pasa al subexamen de medios alternativos menos lesivos ²⁴⁰

²³⁷ BARAK, Aharon. *“Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones”*. Trad. Villas Rosas, Gonzalo. Ed. Palestra, Lima, 2017, pag277

²³⁸ *Ibidem*

²³⁹ Barak, Aharon. 2017. *“Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones.”* [trad.] Gonzalo Villa Rosas. Lima : Palestra Editores, 2017, capítulo 10

²⁴⁰ CLERICO, Laura, *“Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, en: Capaldo/Sieckmann/Clérico, (Dir.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012

15.3 Test de medios menos restrictivos

Se conoce también a este test como el requisito de “los medios menos restrictivos”. Se debe restringir un derecho fundamental en una magnitud no mayor a la requerida para la satisfacción del fin propuesto.

El test se basa en la premisa según la cual el uso del medio se requiere sólo si el fin no puede ser alcanzado a través del uso de otro medio hipotético que satisfaga igualmente el test de la conexión racional y sea menos dañosa para el derecho en cuestión y que, al mismo tiempo, fomente igualmente el fin de la ley.

Si existe una medida menos restrictiva deberá ser preferida.

El test de necesidad se relaciona con los medios escogidos para realizar los fines y no con la necesidad de alcanzar tales fines y se funda en el presupuesto de que el fin buscado es un fin adecuado.

El test no requiere que se usen medios cuya restricción sea la menor o incluso cuya restricción sea de una menor magnitud, si tales medios no pueden alcanzar el fin adecuado con el mismo alcance que aquellos medios escogidos. El test de necesidad no requiere una restricción mínima del derecho fundamental; dicho test solo requiere la menor restricción necesaria con el objeto de alcanzar el fin de la ley.

Este sólo es aplicable cuando el fin se puede cumplir con varios medios posibles y en el caso “hay que elegir el medio que menos restricciones (costos o sacrificios) imponga a ambos derechos, posibilitando su integración o armonización”²⁴¹

*Kimmel*²⁴² es un caso paradigmático de aplicación del examen de proporcionalidad cuando la violación al derecho se produce por un accionar estatal desmesurado y es el primer caso en el

²⁴¹ ALEXY, Robert, ALONSO, Juan Pablo y RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (coord.). *“Argumentación, derechos humanos y justicia”*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, página 258.

²⁴² Corte IDH, *“Kimmel, Eduardo v. República Argentina”*, Sentencia del 02/05/2008

que la Corte IDH utiliza el examen estricto de proporcionalidad para ponderar derechos en juego²⁴³ ya que con anterioridad utilizaba el test de razonabilidad.²⁴⁴²⁴⁵

15.4 Test de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto

Con este test se debe determinar si existe una relación adecuada entre los beneficios que se obtienen del cumplimiento del fin y la vulneración causada al derecho fundamental con la obtención de tal fin.

Se debe hacer una ponderación de beneficios y vulneración. Debe haber una congruencia adecuada entre los beneficios y la vulneración del derecho fundamental. Compara los efectos positivos de la realización del fin adecuado de la medida con los efectos negativos que causa la restricción a los fines de determinar si la vulneración es adecuada.

Este subprincipio procura optimizar en la mayor medida posible las condiciones jurídicas. Requiere establecer la intensidad de las restricciones, o cuál de ellos debe asumir o cargar con los costos de la restricción.

²⁴³ Para ampliar ver CLERICO, Laura, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Capaldo/Sieckmann/Clérico, (Dir.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012

²⁴⁴ SOTOMAYOR TRELLES, José Enrique, “El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativo” en *Revista Derecho y Sociedad*, Nro. 48, 2016, página 66-77

²⁴⁵ En la Opinión consultiva nro. 4/86 se ve claramente cómo se aplicaba el examen de razonabilidad. “57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.”

Sostiene Lopez Ruf que “En este principio se aplica la ley de la ponderación, cuya formulación se transcribe: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la satisfacción de la importancia del otro”.²⁴⁶

Se debe en primer lugar determinar el grado de restricción de los derechos y la importancia de satisfacción del principio contrario para luego determinar si la importancia de la no restricción del principio contrario justifica la restricción del otro principio. Esa determinación es susceptible de gradación, leve, media o grave.

Esa comparación tiene una gran carga axiológica²⁴⁷

La Corte IDH en el fallo sobre el fondo del Caso “Atala” consideró que:

“131. La Corte Interamericana concluye que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo...”

En la aplicación de este sistema de ponderación de principios Robert Alexy plantea un caso de laboratorio que consiste en que se establezca una especie de empate entre los principios ponderados, para este supuesto sostiene que la cuestión de debe resolver aplicando dos principios prioritarios que son el de igualdad y el de libertad, por lo tanto, esta colisión se resolvería in dubio pro-libertad.²⁴⁸

²⁴⁶ LOPEZ RUF, Pablo en ALEXY, Robert, ALONSO, Juan Pablo y RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (coord.). *“Argumentación, derechos humanos y justicia”*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, página 258..

²⁴⁷ Conforme. Dworkin, Ronald; *“Is democracy posible here?”*, Princeton, 2006, quien sostiene que la ponderación tiene una gran carga de utilitarismo ya que es un método utilizado por los gobiernos para hablar en voz de la mayoría.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. *“Teoría de los derechos fundamentales”*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 549.

TÍTULO III

LA TEORÍA SOBRE EL ANÁLISIS DE LAS ARGUMENTACIONES DE MANUEL ATIENZA EN EL CASO “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE”

“Atala Riffo y niñas vs. Chile” es un fallo bisagra en lo que respecta a derechos sobre orientación sexual e identidad de género. También lo es en cuanto a la interpretación del artículo 1.1 con respecto al artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la introducción de la orientación sexual como categoría sospechosa y categoría protegida.

La actualidad de la problemática de la cuestión sexual y la igualdad de derechos es indiscutida y ha llevado al desarrollo y aplicación de una diferente forma de interpretación y argumentación teñidas de un rasgo antropológico. Este concepto ampliado ha sido basal en el tratamiento de cuestiones esenciales de derechos humanos y en nuestro Código Civil y Comercial, especialmente en institutos del derecho de las familias.

16 EL CASO POR ANALIZAR

16.1 Los hechos del caso según la Corte IDH

Los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R. en contra de la señora Jacqueline Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En este sentido, la Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Para estos efectos, la Corte analizó, entre otros, los

argumentos expuestos por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica.

En el marco del proceso de tuición, el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó, entre otras, dos decisiones. La primera de ellas se concentró en decidir sobre una tuición provisional solicitada por el padre. El 2 de mayo de 2003 dicho Juzgado concedió la tuición provisional al padre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En dicha decisión, el Juzgado motivó la decisión, *inter alia*, con los siguientes argumentos: i) “que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”, y ii) “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad hetero sexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia”.

El 29 de octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó una segunda decisión en la que rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Dicha decisión fue apelada. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia.

Posteriormente, el padre de las niñas presentó un recurso de queja contra la Corte de Apelaciones de Temuco. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre. En dicha sentencia, la Corte Suprema indicó que “en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”. Además, la Corte Suprema fundamentó su decisión en los siguientes argumentos: i) “se ha prescindido de la prueba testimonial, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional

en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”; ii) “el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”; iii) la señora Atala “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[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”; iv) “la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse 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 [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas”, y v) “es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”. Por tanto, la Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituían “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración”.

Por otra parte, el presente caso también se relaciona con la investigación disciplinaria y la visita extraordinaria que fue llevada en contra de la señora Atala en abril de 2003. Dicha investigación fue ordenada por el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco con el fin de indagar sobre “dos hechos fundamentales: uno, las publicaciones aparecidas en los diarios “Las Últimas Noticias” [...] y „La Cuarta“ [...] en las que se ha[ría] referencia al carácter de lesbiana que se atribu[ía] en dichas publicaciones a la [señora] Atala” y el otro, correspondía a la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez de Menores de Villarrica en la que ella era parte. Respecto a la orientación sexual de la señora Atala el ministro visitador que realizó la visita extraordinaria, concluyó en su informe que la “peculiar relación afectiva [de la señora Atala] ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la [señora] Atala como del Poder

Judicial” y que ello “reviste una gravedad que merece ser observada por el [...] Tribunal” de Apelaciones.”

Como consecuencia de esa visita la Corte de Apelaciones de Temuco formuló cargos en contra de la señora Atala por la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez de menores, la utilización indebida de un sello del Tribunal y las publicaciones aparecidas en la prensa que informaron sobre el proceso de tuición y su orientación sexual.²⁴⁹

16.2 La interpretación de los alcances de los artículos 1.1 y 24 de la CADH en el caso

La CIDH sentó estándares importantes para el principio de igualdad y la obligación de no discriminar en lo pertinente a asuntos de género en su decisión de fondo sobre el caso Atala. Como punto de partida en su análisis, la CIDH destacó las distintas concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación²⁵⁰. Una concepción se relaciona a la prohibición de diferencia de trato arbitraria – entendiendo por diferencia de trato distinción, exclusión, restricción o preferencia²⁵¹ – y otra es la relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados²⁵². La Comisión entiende que aunque en ciertos casos ambas perspectivas pueden estar presentes, cada una merece una respuesta estatal diferente y un tratamiento distinto a la luz de la Convención Americana²⁵³. A esto se suma que en las diferentes concepciones del derecho a la igualdad las acciones u omisiones del Estado pueden estar relacionadas con derechos

²⁴⁹ Caso “*Atala Riffo y Niñas vs. Chile*”. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la sentencia del 24 de febrero de 2012

²⁵⁰ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*Karen Atala e Hijas v. Chile*”, 17 de septiembre de 2010, parágrafo 80

²⁵¹ Véase, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, parágrafo 7; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, parágrafo 92; Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, Doc. 1 rev. 1, Informe Anual CIDH 2002, 7 de marzo de 2003, parágrafo 87.

²⁵² CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*Karen Atala e Hijas v. Chile*”, 17 de septiembre de 2010, parágrafo 80

²⁵³ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*Karen Atala e Hijas v. Chile*”, 17 de septiembre de 2010, párr. 80

consagrados en la Convención Americana, o pueden referirse a cualquier actuación estatal que no tenga efectos sobre el ejercicio de los derechos convencionales.²⁵⁴

La Corte IDH en “Atala Riffo y niñas vs. Chile” al interpretar los alcances del artículo 1.1 y el 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concluyó que:

“Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (*supra* párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”²⁵⁵

“Cuando una clasificación está prohibida significa que el Estado que quiera excluir a alguna persona de lo que le otorga a otra debe basar ese trato diferenciado en razones de peso que nada tengan que ver con la orientación sexual de las personas. Estándar del daño concreto y real en contraposición con el mero daño especulativo.

Este es el centro del examen de igualdad. La Corte IDH da una pauta interpretativa: no es necesario sostener que la totalidad de la decisión del Estado se basó en la orientación sexual de la persona discriminada. Alcanza con “que de manera explícita o implícita se haya tenido en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”^{256,257}

“La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención

²⁵⁴ CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Karen Atala e Hijas v. Chile”*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80

²⁵⁵ Corte IDH. Caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 91

²⁵⁶ Corte IDH. Caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 34

²⁵⁷ CLERICO, Laura. “*El caso Atala de la Corte IDH: posibilidades y perspectivas*”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, enero 2012.

Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”²⁵⁸. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”²⁵⁸

Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

De ello se desprende, en lo que respecta al artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que las situaciones de discriminación derivadas de una protección desigual por parte de los estados violan esa obligación estatal.

La Corte IDH recuerda que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*²⁵⁹. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico:

“55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”

Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. En este sentido,

²⁵⁸ Corte IDH. Caso *“Atala Riffo y niñas vs. Chile”*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 82

²⁵⁹ Corte IDH Opinión Consultiva nro. 4

mientras la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar, “sin discriminación”, los derechos contenidos en dicho tratado, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”.

Y con respecto al artículo 1.1 que “cualquier otra condición social” comprende como “categoría protegida” a la orientación sexual y a la identidad de género, y como consecuencia de ello cualquier decisión o práctica que vulnere esta categoría esta proscrita por la Convención.

Determinar una categoría como “protegida” por la Convención implica incorporarla al elenco de “categorías sospechosas”, para que cuando estén en discusión se apliquen las garantías de inversión de la carga de prueba y presunción de discriminación²⁶⁰.

La Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición” establecido en el artículo 1.1 de la CADH. Concluye que 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”²⁶¹

“Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones

²⁶⁰ “De conformidad con los distintos tratados internacionales, la discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en atributos de la persona que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades.

La CIDH entiende por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o resultado -ya sea de jure o de facto- anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías” cita del documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, CP/CAJP/INF, |66/12 del 23 de abril de 2012, párrafos 26 y 27

²⁶¹ Corte IDH. Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 91. 2 y lo confirma en la Opinión Consultiva nro. 24/17

intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.”²⁶²

17 ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DEL CASO DE ACUERDO CON EL MÉTODO DE MANUEL ATIENZA

Para desarrollar el análisis de la argumentación de las dos sentencias fundamentales del Caso “Atala Riffo y niñas vs Chile”, la de la Corte de Chile y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la teoría desarrollada por Manuel Atienza que, como ya explicamos, es un método para la representación de argumentos que consiste en el uso de diagramas de flechas para dar cuenta tanto de la estructura como del flujo de la argumentación, de los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo al argumentar y de las razones involucradas en ello, debemos primero aclarar algunos conceptos que facilitarán la comprensión del análisis.

Entiende Atienza que la argumentación debe ser entendida como el flujo de información que va desde el planteamiento del problema que suscita la necesidad de argumentar hasta su solución. Ese desarrollo se representa con líneas (los pasos no argumentativos, inferenciales) o flechas (argumentativos). Los argumentos representados pueden ser simples o complejos. Estos últimos tipos contienen varias razones que pueden actuar juntas o separadas y conjuntiva o disyuntivamente; del mismo modo; puede que una razón ataque o apoye directamente una tesis, o que el ataque o apoyo esté referido a la inferencia, al paso de un enunciado a otro. A cada relación se le puede atribuir un peso que dependerá de la influencia de la o las razones con respecto al argumento, aunque puede ser que la relación no exprese razones, sino que sean oraciones o preguntas que guíen la argumentación pero que no sean un argumento en sentido estricto. dialéctica que tiene lugar cuando sobre un mismo problema se han producido diversas argumentaciones. Finalmente, el esquema está pensado partiendo de un tipo característico de argumentación jurídica,

²⁶² Corte IDH. Caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 119

la justificación judicial, pero es suficientemente flexible como para, a partir de ahí, poder extenderlo (con alguna que otra modificación) a otros tipos de argumentaciones jurídicas.²⁶³

Es claro que el modelo no capta todos los aspectos de la argumentación, como los gestos o la emocionalidad, y además que está pensado para la argumentación judicial, sin que ello implique no poder utilizarlo para otro tipo de argumentación, para la que deberá ser adaptado.

Conociendo las características principales aclararemos sobre los principales lineamientos, a saber:

P: es el problema que se plantea

Q: cuestión de la que depende la solución

S: suposiciones

N: supone negación de la suposición

TT: testimonio de testigo

PP: prueba pericial

PD: prueba documental

EFAI: enunciado fáctico a interpretar

EFI: enunciado fáctico interpretado

ENAP: enunciado normativo a interpretar

ENP: enunciado normativo proporcional

Línea: representa los pasos que no son argumentativos, inferenciales

Flecha: indica que se trata de un argumento a favor o en contra de cierta tesis

Flecha invertida: argumento en contra

Doble raya en una flecha: argumento deductivo.

(+) sobre una flecha: distingue el argumento como de mayor peso

²⁶³ ATIENZA, Manuel. *"Curso de argumentación jurídica"*. Ed digital Trotta., página 426

(-) sobre una flecha: implica que es un argumento débil

El final de la argumentación representa la justificación interna de la decisión judicial. Se parte de uno o varios enunciados que durante el proceso fueron o no comprobados y se forma un nuevo enunciado en forma de norma donde los hechos del caso deberán subsumirse para obtener así la solución (S)

Si bien no existen pautas estrictas para determinar la presencia de un argumento o un fragmento de discurso ni para identificar premisas o conclusión, ésta es la principal tarea que debemos realizar si pretendemos determinar el grado de apoyo que recibe una afirmación.²⁶⁴

Esa tarea de identificación de argumentos debe también identificar los argumentos tácitos o entimématicos y determinar su validez y el grado de apoyo del razonamiento en estos argumentos. Como desarrollaremos, los prejuicios y estereotipos se presentan como argumentos tácitos o entimemas.

Sostiene Bonorino que “... antes de evaluar argumentos, se debe previamente (1) reconocer los razonamientos cuando aparecen; (2) identificar sus premisas y sus conclusiones; (3) reconstruirlos explicitando los enunciados tácitos o presupuestos. Existen dos criterios para la identificación de premisas tácitas (a) semántico: se debe presuponer aquella premisa que aluda a los contenidos de la conclusión que no estén presentes en ninguna de las premisas formuladas, (b) lógico: se debe presuponer aquella premisa que permita reconstruir el argumento como un razonamiento válido.”²⁶⁵

Del mismo modo hay que identificar los subargumentos que sostienen al argumento principal y determinar su validez formal y material porque la falta de validez de los subargumentos repercute directamente en el argumento principal.

El método de análisis argumentativo comienza desentrañando cuál es la pregunta a la que la solución ha querido dar respuesta y buscando las premisas principales y secundarios que sostienen esa respuesta. Una vez determinados estos argumentos primarios y secundarios corresponde analizar su validez formal y material para concluir si son o no sólidos, porque recordemos que la

²⁶⁴ BONORINO, Juan Pablo y otro. *“Filosofía del derecho”*. Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, 2da edición, página 71

²⁶⁵ *Ibidem*, página 73

existencia de un argumento o subargumento que no sea sólido, verdadero, desmorona la fundamentación de la argumentación.

Por lo extenso del fallo de la Corte IDH y su complejidad analizaremos solamente la parte que trata sobre la discriminación y el derecho a la igualdad (arts. 11.2 y 24 de la CADH) y su relación con las niñas (art. 19 CADH), omitiendo lo que respecta al derecho a la vida privada de la Sra. Atala (art. 11.2 CADH) -que atañó casi exclusivamente al proceso administrativo que se le inició dentro del Poder Judicial chileno-, el derecho a la familia (art. 17 de la CADH) porque concordamos con el voto en disidencia del Dr. Pérez Pérez y lo concerniente a cuestiones procesales, garantías judiciales y de debido proceso (art. 8 y 25 CADH) porque deberíamos analizar cuestiones, en su mayoría recursivas, de derecho interno chileno.

17.1 Análisis del fallo de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile

Previo al análisis de la sentencia propiamente dicha debemos aclarar que el recurso de queja que acoge la Corte Suprema de Chile para tratar este caso es un recurso de orden administrativo y disciplinario en el que son parte denunciada los tres jueces que integran la Corte de Apelaciones de Temuco.

Según el ordenamiento chileno si se considera que los jueces de la Corte de Apelaciones hay incurrido en alguna falta grave se puede presentar un recurso de queja ante la Corte Suprema de Chile a los fines de que analicen las faltas cometidas y si tienen entidad suficiente sancionen a los tres miembros de la Corte de Apelaciones (tribunal inferior) y, además, tienen la facultad, no el deber, de dictar una nueva sentencia en reemplazo de la cuestionada.

Es en este contexto que la Corte Suprema de Chile admite el recurso de queja contra los magistrados de Temuco y considera han cometido una falta grave que amerita una sanción y la revocación del decisorio mediante el dictado de una nueva sentencia que otorga la tuición de las niñas López al padre.

Por el carácter especial y administrativo de ese recurso, que además tiene una tramitación oral, es que las partes del juicio de principal (la Sra. Atala y el Sr. López) no son parte de este proceso, sino que únicamente son escuchados sus representantes en una audiencia a los fines de

que cada uno exponga sus puntos y aclaren los hechos y derechos que fueron debatidos. Este apartamiento de la Sra. Atala Riffo de este proceso fue el que dio lugar a la sanción impuesta por la Corte IDH por considerar que se violaron los arts. 8 y 25 de la CADH a los que no nos referiremos en nuestro trabajo por exceder el objeto de este.

La sentencia que se analiza, según lo arriba explicado, se centra dos problemas fundamentales:

P.a.: Si los miembros de la Corte de Apelaciones de Temuco han cometido falta o abuso grave. (Considerando primero del fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile)

De ese problema se desprenden dos cuestiones:

Q.b.: si ¿Se produjo daño o riesgo de daño para las niñas? (Considerando decimocuarto el fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile) Esta pregunta configura el EFAI

1.b. No se les dió el valor probatorio que correspondía a la prueba testimonial.

Cuestión que se dilucida con los siguientes argumentos:

1.1.b. “se ha producido una discriminación en contra de las niñas, pero no a nivel de [los] niños, sino de los padres, quienes reprimen a los niños, no me consta que hayan hechos concretos de discriminación, pero pusieron como ejemplo, que si se hacía una piyamada en la casa de [K]aren no le darían permiso a sus hijas para ir”²⁶⁶.

1.2.b. “que las niñas van a ser discriminadas y afectadas en sus relaciones sociales”²⁶⁷

1.3.b. “en el ambiente del colegio y de sus pares [...] ellas están siendo señaladas, me preocupa que por vivir en [esta] ciudad tan pequeña, esta situación sea complicada”²⁶⁸,

²⁶⁶ Testimonio de 10 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 360).

²⁶⁷ Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 327).

²⁶⁸ Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 328).

1.4.b. “los padres de los compañeros de colegio y [los] amiguitos toman actitudes de ‘protección’ de sus hijos respecto de esta situación que la ven como contradictoria con la formación que ellos le proporcionan a sus hijos y eso necesariamente debe generar situaciones negativas y de aislamiento respecto a las niñas, cosa que de acuerdo a lo me han comentado lamentablemente está ocurriendo”²⁶⁹.”²⁷⁰

A esta cuestión concluye la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile que SI y se conforma el EFP

Q.c.: si ¿Se tuvo en cuenta el interés superior de las niñas como fin de la norma según el art. 242 del código civil chileno? (artículo 242 “...en todo caso, para adoptar sus resoluciones, el juez, atenderá como consideración primordial, el interés superior del hijo...” considerando decimo del fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile) La Corte Suprema de Chile invoca la existencia implícita de una norma de fin²⁷¹, que para dirimir las cuestiones relativas a tuición se debe juzgar decidiendo para que exista la menor afectación del interés superior de los niños involucrados, lo que le otorga al Tribunal un margen mayor de decisión y discrecionalidad (en sentido estricto), ENAI

La cuestión fue dilucidada utilizando estos argumentos:

1.c. no se consideró los efectos en la vida social de las menores: el Tribunal establece que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada del hecho de que su madre conviva con una pareja del mismo sexo. (considerando décimo quinto y décimo octavo del fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile)

²⁶⁹ Testimonio de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, folio 329).

²⁷⁰ Corte IDH. Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 113

²⁷¹ Norma de fin, en contraposición de norma de acción que es la que determina en ella una acción específica, es la que no indica una acción en particular sino que la decisión tomada optimiza el fin propuesto por la norma.

2.c. no se consideró la confusión de roles que sufrirán las niñas: sostiene la Corte chilena, que la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por 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. (considerando décimo séptimo del fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile)

3.c. no consideraron el derecho de las niñas a desarrollarse en una “familia estructurada normalmente” (considerando vigésimo del fallo de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile)

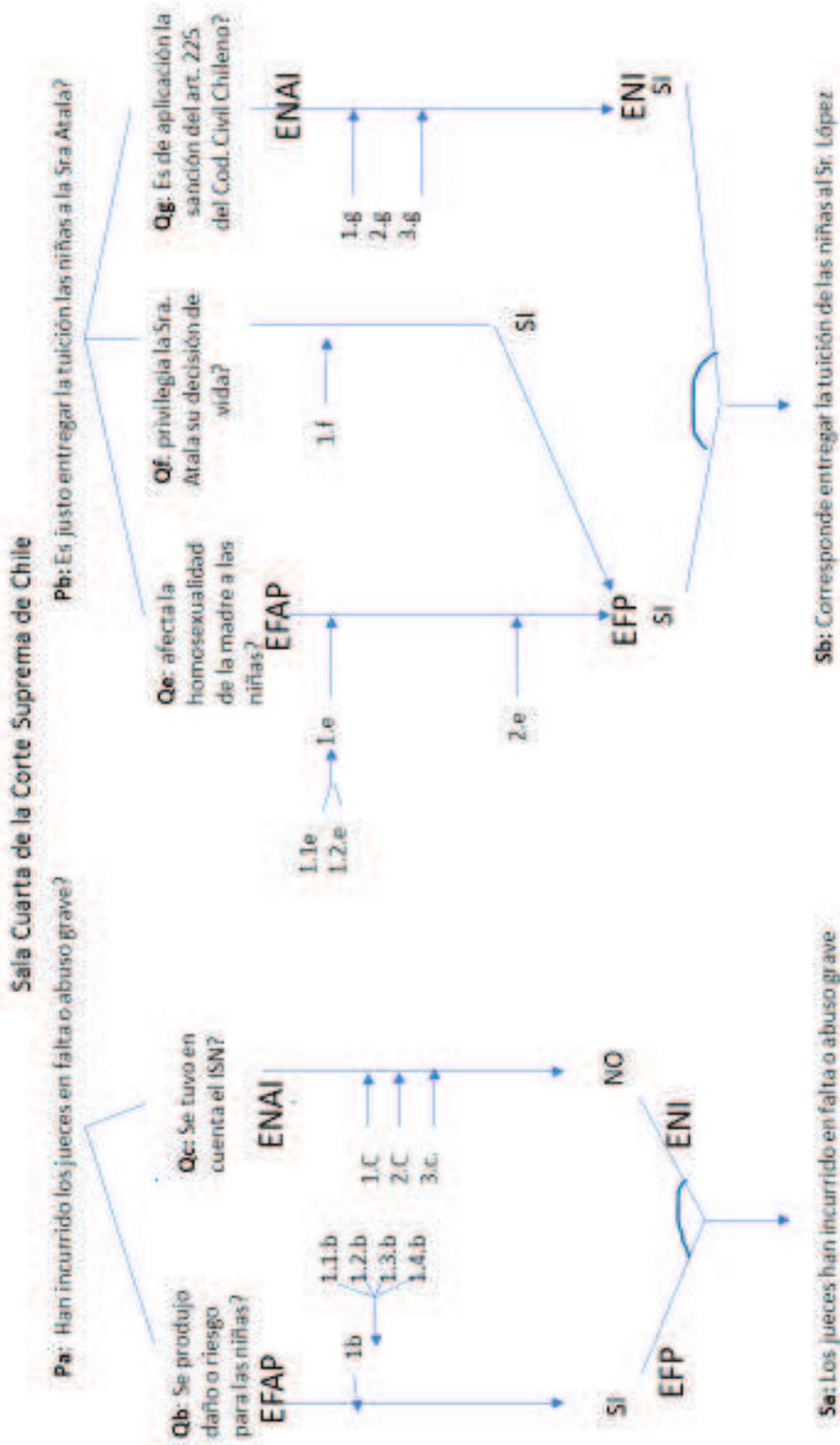
A esta cuestión concluye la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile que NO conformándose el ENI

De los desarrollos argumentativos de Qb y Qc concluye la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile que puede subsumir el EFP en el ENI y así en su considerando vigésimo que: “Que al no haberlo estimado así los jueces recurridos, por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, han incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja.”

Resuelta primera pregunta cuya respuesta habilita a la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile el dictado de una nueva resolución que reemplace la cuestionada, corresponde pasar al tratamiento de la segunda.

P.d.: ¿Es justo entregar la tuición las niñas a la Sra. Atala Riffo?

Para responder esa pregunta corresponde analizar tres cuestiones:



Q.e.: ¿afecta la homosexualidad de la madre a las niñas? (considerando quinto del fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile), EFAP

Ante esta cuestión se argumentó que:

1.e. las pone en riesgo por los siguientes sub argumentos de apoyo

1.1.e por los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas (considerando décimo séptimo del fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile)

1.2.e. la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino (considerando décimo séptimo del fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile)

2.e. las expone a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal (considerando décimo octavo del fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile)

A esta cuestión concluye la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile que SI.

Q.f.: ¿Privilegia la Sra. Atala su vida por sobre las niñas? Esta cuestión funciona como refuerzo de la Qe

1.f. al declararse abiertamente lesbiana y mostrar su orientación sexual a partir de la convivencia con una pareja del mismo sexo, ha antepuesto sus intereses a los de sus hijas. (considerando décimo sexto del fallo de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile)

A esta cuestión concluye la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile que SI y juntamente con la Qe se corresponde con el EFP

Q.g.: entonces, **¿es de aplicación la excepción del art. 225 de código civil chileno? ENAI**

1.g. por el potencial riesgo que corren las niñas de ser objeto de discriminación social derivada de si conviven con la madre y su pareja homosexual (considerando décimo quinto del fallo de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile)

2.g. porque ha habido deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual (considerando décimo quinto del fallo de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile)

3.g. posible confusión de roles y riesgos en la sexualidad por la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo (considerando décimo quinto del fallo de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile)

A esta cuestión concluye la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile que SI y se corresponde con el ENI

De los desarrollos argumentativos y razones que conformaron el ENI y el EFP corresponde concluir que subsumido el EFP en el ENI puede resolver la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile como lo hizo en el considerando décimo noveno del fallo que: “Que las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia”

17.2 Evaluación del fallo de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile

La Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile, motivada por prejuicios y estereotipos, entiende que el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco que otorga la tuición a la Sra. Atala

Riffo no refleja el sentir de la comunidad chilena y entonces decide hacer lugar al recurso de queja presentado por el Sr. López y, además de sancionar a los magistrados firmantes de la sentencia, revocarla y adecuarla al “modelo tradicional chileno”.

Para la consecución de ese fin la mayoría miembros de la Sala Cuarta argumentan que el inferior valoró inadecuadamente la prueba dando más peso a la pericial que a la testimonial desconociendo así los riesgos que corrían las niñas de ser socialmente discriminadas y de que su evolución psicológica se viera alterada por la convivencia con la pareja homosexual de la madre disipando la figura paterna de la imagen familiar.

Formalmente la sentencia parecería adecuarse al postulado de la norma de derecho interno que sostiene que corresponde otorgar la tuición de los menores al padre como excepción y en favor de los niños entendiendo la Sala Cuarta que en este caso se configuraría la excepción contemplada por la norma. Subsumidos, los hechos “probados”, se adecuarían a la norma y por ello formalmente sería válida la respuesta dada.

Consideramos que la invocación de daños hecha por la Sala Cuarta no fue más que un artilugio argumentativo para esconder la utilización de la categoría “orientación sexual” con la aparente utilización de la categoría “idoneidad”. Este prejuicio utilizado como argumento tácito por el Tribunal afecta la validez material de los argumentos fundantes del resolutorio toda vez que no cumplen con la coherencia requerida con el resto del sistema normativo que consagra derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad y no discriminación. A pesar de lo expuesto, cumpliría con el criterio de universalidad porque dice haber utilizado la idoneidad como medida para determinar a quién otorgar la tuición. En el mismo sentido, pero menos claro por atender a argumentos tácitos parece haber resuelto de forma concordante con la moral social que determina estándares como el de “familia tradicional” que obró de razón de peso en el decisorio a pesar de distanciarse del criterio de moral justificada establecido para este tema por la Corte IDH.

La Corte esconde atrás de la invocación del Interés Superior del Niño, que consagra el art. 242 del código civil chileno como fin de las decisiones judiciales, una decisión. No ya discrecional sino arbitraria, discriminatoria basada en estereotipos y prejuicios. Sostiene que la homosexualidad de la Sra. Atala Riffo es inconveniente para las niñas López Atala y refieren a la necesidad de proteger a las niñas de todo eventual perjuicio que las mismas pudieran padecer por esa condición de su madre.

No han aportado en la sentencia prueba alguna del riesgo y el daño que alegan existe y utilizan como base para, mediante máximas de experiencia estereotipadas, alcanzar conclusiones discriminatorias.

Los estereotipos son tomados en este fallo como premisas implícitas del razonamiento encubiertas como buenas intenciones de prevención del daño²⁷².

El hilo argumentativo descrito lo utilizan para arbitrariamente apartarse de la norma de derecho positivo existente en el ordenamiento jurídico chileno que le otorgaba preferencia a la madre para el cuidado de los hijos y concluir que “las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el “riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración”.²⁷³

Asimismo, agregan que los jueces recurridos “por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”²⁷⁴ y que al “haber preterido el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que deb[ía] ser corregido por la vía de acoger el [...] recurso de queja”²⁷⁵.

²⁷² El párrafo 109 de la sentencia de la Corte IDH, luego y como consecuencia de la valoración de la Sala Cuarta, va a establecer estándares internacionales con respecto al otorgamiento de la tuición o cuidado de los niños.

²⁷³ Sentencia Corte Suprema de Chile, 31/05/2004, considerando 19°

²⁷⁴ Sentencia Corte Suprema de Chile, 31/05/2004, considerando 20°

²⁷⁵ La Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituyen “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folios 2672 y 2673).

Concluimos que la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile utilizó la categoría “orientación sexual”, impregnada por estereotipos y prejuicios, para darle un trato diferencial y discriminatorio a la Sra. Atala Riffo enmascarado en el Interés Superior de las Niñas como fin de la norma.

17.3 Análisis de la demanda de la CIDH

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, luego de pasar por un proceso de amigable composición y sin lograr arribar a un acuerdo entre las partes, decide presentar la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por considerar que se han violado derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

Sostiene que los estándares utilizados por la Corte Suprema de Chile para resolver el caso vulneran el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación (art. 1.1. con respecto al art. 24), utiliza como argumento principal que la diferencia de trato que ha sufrido la Sra. Atala por su orientación sexual es contraria a la garantía de igualdad y no discriminación básicamente por no corresponderse con la heterosexualidad dominante en el país. Ese trato discriminatorio recibido del Estado de Chile implica también, según la CIDH, una violación a las garantías judiciales y, la utilización explícita de argumentos discriminatorios en la decisión puso en evidencia la falta de imparcialidad en el accionar del tribunal, lo que afecta el debido proceso.

Continúa diciendo que además Chile violó el derecho a la vida privada de Karen Atala Riffo contenido en el art. 11 porque en el trámite administrativo (laboral) que se le inició se produjo una invasión arbitraria y abusiva en la vida privada de la Jueza²⁷⁶, además la CIDH argumentó que, si bien en todo juicio de tuición la intromisión en la vida privada estaría permitida, ésta deberá estar encaminada a evaluar la capacidad de los padres para ejercer la paternidad o maternidad u otros aspectos que pongan en riesgo a los niños.

²⁷⁶ Al trascender mediáticamente la orientación sexual de Karen Atala Riffo, quien era Jueza Penal, se apersonó en su juzgado un delegado de la Cámara de Apelaciones de Temuco, su superior jerárquico, quien revisó las computadoras y tomó declaración a todos los empleados, incluso los de limpieza, del juzgado y de los juzgados linderos interrogándolos sobre la vida sexual de la jueza Atala.

Entiende también la CIDH que se ha violado el derecho a la vida privada y familiar de la Sra. Atala y también de sus hijas, porque la vida privada se extiende también a la vida familiar, y al revocar el Estado la tuición que se le había otorgado en instancia anteriores afectó a las niñas y el proyecto de vida que todos tenían originando daños en la relación entre ellas.

Al separar a las niñas de su madre por su sola condición de homosexual considera la CIDH que se ha violado el art. 19 de la CADH al violar el art. 2,1 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁷⁷. Incluso cree que la sentencia es contraria al interés y protección de las niñas por reforzar prejuicios y utilizar estereotipos y estigmatizar a las niñas por la orientación sexual de su madre.

Explica la CIDH que para justificar el Estado las diferencias de trato, debió justificarlas mediante argumentos razonables y objetivos ya que estaban en presencia de una categoría sospechosa de discriminación (la orientación sexual) que obligaba la aplicación de un test de proporcionalidad estricto. Vale decir, toda medida que implique una distinción debe pasar los sub-exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Agrega que el haber utilizado la categoría orientación sexual para apartarse del art. 225 del Código Civil de Chile, que da preferencia a la madre para la tuición, encuentra invertido el *onus probandi* por lo que debe explicar Chile de forma extraordinaria sobre la distinción.

La Comisión analiza si el medio adoptado, esto es, la decisión de retirar la tuición de las hijas a la Sra. Atala guarda relación de medio a fin con el objetivo perseguido por el Estado consistente en proteger el interés superior de las niñas y, concluye que no.

Además, agrega que la prohibición de basar una distinción en la orientación sexual no se limita, en este caso, a la homosexualidad en sí misma, sino también a “la expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”, es decir a la autonomía.²⁷⁸

Sostiene la CIDH que la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile no ha aplicado el método del escrutinio estricto del test de proporcionalidad para determinar si la decisión que se adoptaba pasaba las etapas de éste. Del mismo modo al analizar la sentencia y someterla al test determina

²⁷⁷ “Artículo 2 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”

²⁷⁸ *Parágrafo 96 Demanda CIDH*

que el medio utilizado no era el adecuado para la obtención del fin, pero, decide pasar a la siguiente instancia del test donde determina que había otros medios menos vulneradores de derechos, menos lesivos, para la obtención del mismo fin. Consideró que Chile había acreditado un *compelling interest*, que el fin era adecuado al igual que el medio, pero éste no era el menos restrictivo y es allí donde falla la argumentación del Estado.

Recordemos que habíamos aclarado que tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como el CIDH al momento de determinar si la vinculación entre el medio elegido y fin que persigue el Estado utilizaba un criterio no muy estricto bastando que con aquel medio se pudiera concretar el fin para así pasar a determinar si había otro menos lesivo, instancia que según la CIDH no pasa el decisivo chileno.

17.4 Análisis de la respuesta del Estado chileno

Chile manifestó tres argumentos principales para defender la postura de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile y, por ende, del Estado. El primero, relacionado con el hecho de que la resolución cuestionada no causa estado en cuanto a la tuición de las niñas y que esta puede ser modificada en la jurisdicción interna, el segundo, relacionado con la falta de consenso mínimo de la comunidad internacional (en el tema de la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación) respecto a las acciones que se consideran como violaciones y el tercero con la prevalencia del interés superior del niño por sobre el resto de los derechos en juego. Además, alegaron que para el Estado la “orientación sexual” no estaba considerada dentro de “otra condición social”

“El Estado argumentó que “el [S]istema [Interamericano de Derechos Humanos] requiere de la credibilidad y confianza de los Estados miembros. Una relación de confianza recíproca puede ser afectada si la Corte toma un rol demasiado regulador, sin otorgar consideración al sentir mayoritario de los Estados”. Alegó que “al suscribir la [Convención Americana], los Estados miembros consintieron en obligarse por sus disposiciones. Si bien la interpretación jurídica puede ser flexible y el lenguaje de los derechos humanos reconoce su desarrollo progresivo, los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían. De ser necesario ampliar el alcance del tratado, en materias en que no existe un

consenso mínimo, la misma [Convención Americana] establece un procedimiento para la incorporación de protocolos que protejan otros derechos”²⁷⁹.

Cuestionan que la determinación de las causales para otorgar la tuición de niños y la interpretación de “otra condición social” varía de un Estado a otro y que responden al margen de apreciación de cada uno.

“Asimismo, el Estado señaló “que la orientación sexual no era una categoría sospechosa de la cual hubiera un consenso durante el año 2004”, en el que fue emitida la sentencia de la Corte Suprema en el presente caso. Alegó que “no resultaría procedente exigirle [a la Corte Suprema de Chile] pasar un test de escrutinio estricto para una categoría en la cual el consenso interamericano es reciente”. Añadió que “el establecimiento de una ‘supercategoría sospechosa’, como sería en este caso la orientación sexual de uno de los padres u otras similares, puede terminar por girar el centro de un juicio de familia a la consideración prioritaria de los derechos de los padres en desmedro del bien superior del niño en el caso concreto”.²⁸⁰

Como argumento de respaldo el Estado consideró que existía un margen de apreciación nacional²⁸¹ para legislar cuestiones como las que tienen que ver con la tuición de los menores proveniente también de la falta de consenso en algunos temas específicos²⁸².

Si bien la Corte IDH ha admitido este argumento del margen de apreciación nacional en alguna oportunidad y en forma muy restrictiva, éste es un argumento que por el contrario la TEDH admite en forma más amplia²⁸³ y acoge en sus sentencias reiteradamente. Entiende la Corte IDH

²⁷⁹ Corte IDH. Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 73

²⁸⁰ Corte IDH. Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 74

²⁸¹ El margen de apreciación nacional implica que al Estado le es reconocido un cierto marco de discreción a la hora de adoptar una determinada medida legislativa, administrativa o judicial, en relación con un derecho tutelado por una convención. Es una teoría desarrollada en la jurisprudencia del TEDH. Según el TEDH, los Estados tienen un cierto margen de apreciación en la decisión de hasta qué punto una intervención sobre el derecho es necesaria, la cual debe ser proporcional y justificada en principio, cuya revisión estará a cargo de la Corte. Sin embargo, esta discreción no es absoluta: la misma está sujeta al escrutinio de los órganos del sistema, según sea el caso. De acuerdo con el caso Olsson v. Sweden de 1988, el ámbito de control jurisdiccional del TEDH no se limita a si el ejercicio de la discrecionalidad resulta razonable, cuidadosa o de buena fe. También examina el caso como un todo para determinar de si las medidas adoptadas por el Estado son relevantes o suficientes.

²⁸² La Corte IDH sentenció que la ausencia de consenso al interior de los Estados sobre el reconocimiento de los derechos de las personas pertenecientes al colectivo LGBTI no era óbice para su protección, siendo esta una postura reiterada en las dos sentencias sobre la misma temática que fueron proferidas de forma posterior al caso Atala Riffo y otras, los casos Duque vs. Colombia (2016) y Flor Freire vs. Ecuador (2016). Empero, esta postura no es unánime, pues su homóloga europea predica una doctrina que ha servido de base teórica para la férrea oposición ejercida por los detractores del reconocimiento igualitario de derechos a las personas de orientación sexual diversa: el margen de apreciación.

²⁸³ el primer caso conocido por el TEDH al respecto, el caso Mata Estévez (2001), contra España en el año 2001, relativo a la negativa del Estado de considerar como beneficiario de las prestaciones derivadas de la seguridad social al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, el Tribunal declaró inadmisibile el caso y estimó que aún existía un gran margen de

que los Estados deben realizar un control de convencionalidad difuso y que este control limita el margen de apreciación a su expresión mínima.

17.5 Análisis del fallo de la CORTE IDH

Siguiendo el método de Atienza analizaremos el fallo de la Corte IDH en lo que respecta a la discriminación, tanto para con la Sra. Atala Riffo como para con las niñas López Atala.

La sentencia que se analiza y según lo arriba explicado hace dos planteos fundamentales:

P.a.: ¿Violó la CADH el fallo de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile? La Corte IDH parte de esta pregunta porque en el Informe de Fondo No. 139/09 la CIDH concluyó que el Estado de Chile “violó el derecho de Karen Atala a vivir libre de discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”. Asimismo, “vulneró los derechos consagrados en los artículos 11, 17, 17, 19, y 8 y 25 de la Convención Americana en relación con el artículo 1 del mismo instrumento, en perjuicio de las personas mencionadas en las secciones respectivas”.

Para responder esta pregunta se plantean dos cuestiones:

Q.b.: ¿Fue violatorio de los art. 1.1 y 24 el fallo de la Corte de Chile? “La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de

apreciación para los Estados, dentro del cual encontraba legítima la distinción que excluía de los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo en aras de proteger a la familia fundada en las uniones tradicionales entre hombre y mujer. Lo anterior, independientemente del reconocimiento logrado por las parejas homoparentales en algunos Estados parte del Convenio. No obstante, la postura del TEDH encontró nuevos matices en años posteriores. En el caso Karner contra Polonia (2003b), relativo a la subrogación de un contrato de arrendamiento entre supervivientes de las parejas del mismo sexo, el TEDH, adicional a considerar la legitimidad de la medida, tomó en consideración aspectos del llamado “test de proporcionalidad”, en el sentido de que verificó que la medida discriminatoria fuese a su vez necesaria para considerarse legítima a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna...”²⁸⁴

Para contestar esta cuestión se plantearon los siguientes argumentos:

1.b. ¿Es la orientación sexual una categoría sospechosa y entonces se le debe aplicar el test del escrutinio estricto? (nota 114 del Fallo de la Corte IDH)

1.1.b. ¿Se dan los requisitos que la doctrina reconoce? (nota 114 del Fallo de la Corte IDH “De acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales (en adelante “LGTBI”) es inaceptable porque: i) la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona (infra párr. 139). Asimismo: ii) la comunidad LGTBI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad. Cfr. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 33 (“la discriminación y la estigmatización siguen representando una grave amenaza contra la salud sexual y reproductiva de muchos grupos, como [...] las minorías sexuales”); Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64 (“Las actitudes y creencias derivadas de mitos y miedos relacionados con el VIH/SIDA y la sexualidad contribuyen a la estigmatización y la discriminación contra las minorías sexuales. Además, la percepción de que los miembros de estas minorías no respetan las barreras sexuales o cuestionan los conceptos predominantes del papel atribuido a cada sexo parece contribuir a su vulnerabilidad a la tortura como manera de ‘castigar’ su comportamiento no aceptado”). Por otra parte: iii) constituyen una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia. Cfr. Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y

²⁸⁴ Corte IDH. Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 77

políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28 (“Travestis, transexuales y homosexuales son también con frecuencia víctimas de episodios de violencia y discriminación. Cuando recurren al sistema judicial, se encuentran, a menudo, con los mismos prejuicios y estereotipos de la sociedad reproducidos allí”), y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Finalmente: iv) la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, párr. 25. En esta sentencia, respecto al derecho de los profesores de colegios públicos a no ser despedidos por su condición homosexual, la Corte Constitucional colombiana señaló que separar a un profesor de su trabajo por esa razón se funda “en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denota la injusta estigmatización que ha afectado a esta población y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica” (párr. 29). Por su parte, la sentencia C-507 de 1999 declaró inconstitucional una norma que establecía como falta disciplinaria el homosexualismo en las fuerzas militares. En la sentencia C-373 de 2002 la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional una norma que disponía como causal de inhabilidad para ejercer el cargo de notario el haber sido sancionado disciplinariamente por la falta de “homosexualismo”)

1.1.1.b. las lesbianas son un grupo minoritario

1.1.2.b. tienen poca injerencia en decisiones políticas

1.1.3.b. históricamente han sido sometidas

1.1.4.b no es una categoría racional de diferenciación para la distribución de derechos y cargas.

1.2.b. ¿Esta internacionalmente reconocida?

1.2.1.b. hay consenso internacional al respecto, varias Cortes Supremas como la de Colombia o la de México se habían expedido al respecto, también varios de los órganos de la U. N.

1.2.2.b. hay instrumentos y declaraciones internacionales a favor de considerarla categoría sospechosa como recomendaciones de la O.E.A. la “Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”; a la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género” de 2011, y la resolución del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”

1.2.3.b. hay antecedentes del TEDH

1.3.b. El art. 1.1 posee una cláusula abierta, la de “o cualquier otra condición social” que implica que con el devenir del tiempo y haciendo una interpretación evolutiva pro-homine se pueden adicionar a las categorías sospechosas contenidas en el texto del artículo las que vayan surgiendo.

A esta pregunta la Corte IDH respondió por las razones dadas que SI

1.c. ¿se viola la igualdad de trato?

1.1.c. Se usaron estereotipos y prejuicios,

1.1.1.c Se utilizaron prejuicios y estereotipos que fundaron una diferencia de trato relacionado con la homosexualidad, la mujer, los roles que le están socialmente asignados y la maternidad – se dijo que hacía primar sus intereses personales a la maternidad

1.1.2.c. relacionado con el concepto de familia como el fundado por una pareja heterosexual - se dijo que las niñas tenían derecho a vivir en el seno de una familia tradicional con un padre y una madre. En el párrafo 145 del fallo analizado la Corte IDH dice haber constatado “el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con

la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)

1.1.3.c. relacionado con la respuesta de la sociedad ante la homosexualidad - se dijo que las niñas podían sufrir discriminación social. En el párrafo número 113 se menciona que “El Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala...”

1.1.4.c. relacionado con la homosexualidad como perniciosa - se dijo que las niñas podrían sufrir confusión de roles lo que implica que podrían devenir homosexuales, hecho éste que de por sí es discriminatorio. Sentencia de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile del 31 de mayo de 2004.

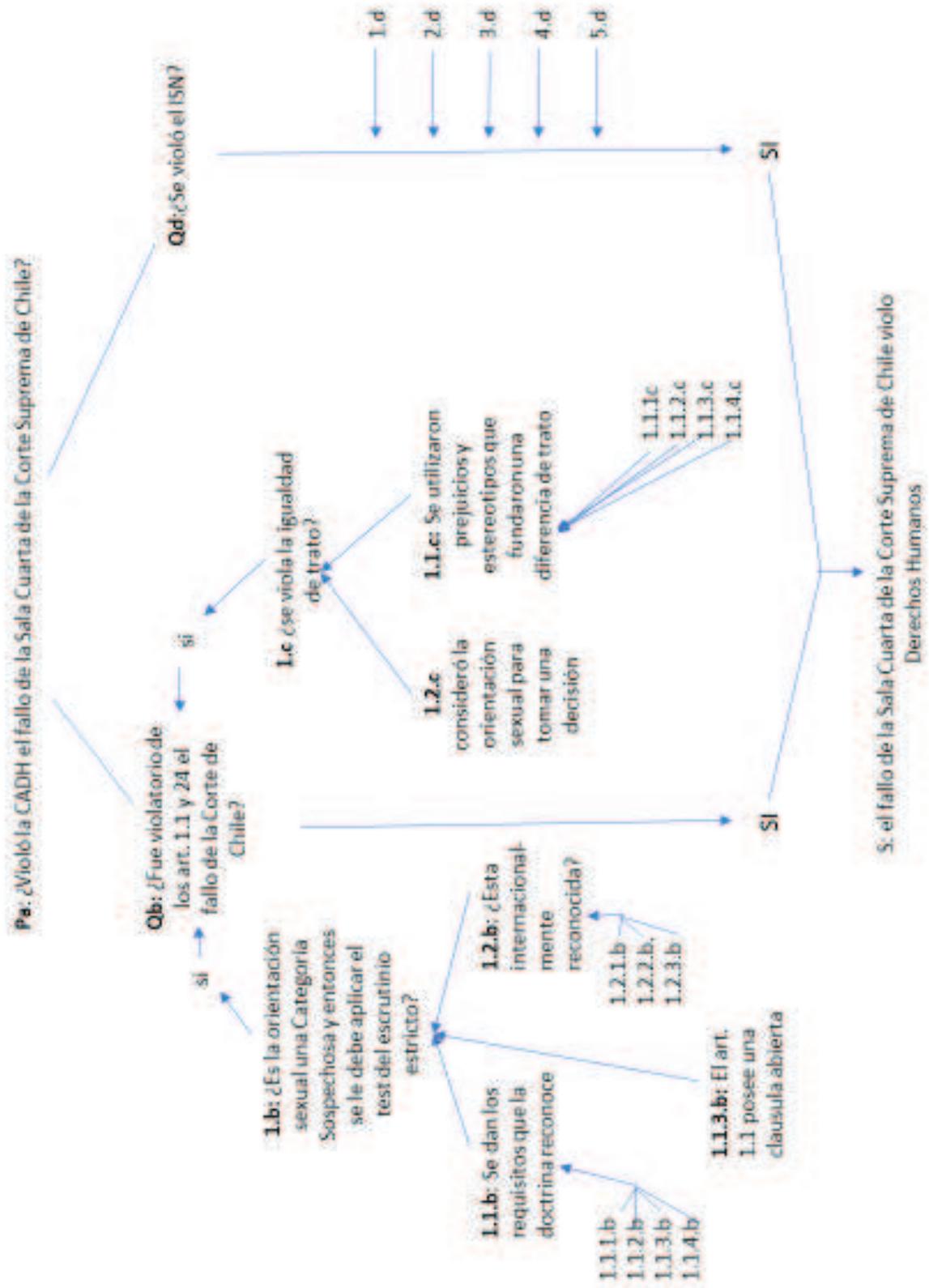
1.2.c. se advirtió la consideración explícita o implícita de la orientación sexual de la persona para tomar una decisión

La respuesta a esta pregunta es que SI y surge del párrafo 267 donde sostiene la Corte IDH que: “...La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales...”

Y una segunda cuestión que tiene que ver también con el art. 19 de la CADH

Q.d.: ¿Se violó el ISN? Considerando interés superior del niño como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos reconocidos se argumentó que:

1.d. no se escuchó a las niñas (ni tampoco se les dio ningún tipo de representación autónoma) en el proceso de conocimiento y, sin escucha no se puede invocar válidamente el ISN



2.d. se utilizó el medio más lesivo para resolver la cuestión sobre la tuición impidiendo así la satisfacción integral de todos sus derechos

3.d. no se cumplió con la satisfacción integral toda vez que se dificultó el contacto de la madre con las hijas, se le impidió a Karen Atala participar de las decisiones de vida de sus hijas

4.d. se violó el art. 2 CDN al discriminar a la madre como se mencionó en el cuestionamiento anterior

5.d. se separó a la madre de las niñas arbitrariamente fundando su decisión en razones no probadas

La respuesta a la pregunta es SI, el Estado de Chile violó el art. 19 de la CADH.

De los argumentos dados y la formulación de normas hipotéticas para el caso concreto en las que se subsumen los hechos probados se resuelve que:

S: Habiéndose concluido que la sentencia cuestionada era discriminatoria y violatoria del interés superior de las niñas se entiende que encuadran esos extremos en violaciones a la CADH y por lo tanto corresponde sancionar al Estado atento existe la obligación de los Estados no sólo de abstenerse de realizar actos que conduzcan a discriminación de hecho o de derecho, sino también de implementar medidas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades.

17.6 Evaluación del fallo de la CORTE IDH

El fallo de la Corte IDH puso en evidencia la intolerancia de algunos países con respecto a la diversidad y las minorías. Mostró que el Estado de Chile tuvo un trato diferencial discriminatorio para con la Sra. Atala Riffo y que trató de encubrirlo argumentativamente utilizando el interés superior del niño, sabiendo que esa invocación le permitiría justificar casi cualquier decisión arbitraria y así cumpliría con el requisito del fin legítimo que una vulneración de derechos, como la que esa sentencia contenía, requería.

Exponen a Chile como un Estado de costumbres “tradicionales y conservadores” con niveles bajos de tolerancia a lo “diferente” y utilizan este hecho para sostener la conveniencia de la postura de la Corte Suprema, pero olvidan que los Estados firmantes de la CADH están obligados a implementar las medidas necesarias para garantizar el pleno disfrute de los derechos en ella contenidos, obligación que invalida una decisión como la tomada. El fallo de la Corte IDH cumple, al cuestionar en este punto el fallo de la Sala Cuarta, con el requisito de universalidad requerida en las argumentaciones para su validez. La norma creada para este caso concreto en la sentencia de la Corte IDH sirve de precedente para casos análogos, de hecho, fue usada con posterioridad en el caso “Flor Freire vs. Ecuador”²⁸⁵

El fallo de la Corte IDH refiere a la exigencia de una fundamentación rigurosa, que no hizo el Estado, para la adopción de resoluciones restrinjan un derecho humano a una persona que pertenezca a un grupo históricamente discriminado como el de la Sra. Atala Riffo.

Concluyó la Corte IDH que Chile debió realizar un test estricto de análisis por el tipo de categoría usada para la restricción del derecho en juego. Que se habían acreditados todos los requisitos que la doctrina entiende definen las categorías sospechosas por lo que es sumamente acertado pedirle al Estado la realización del test del que se concluiría seguramente entre otras cosas, dependiendo del método utilizado e incluso utilizando el método del test de razonabilidad utilizado hasta *Kimmel vs. Argentina*²⁸⁶, que había medios alternativos y menos lesivos o que tampoco se cumplía con el propósito de asegurar el interés superior del niño. Ese análisis sistemático del alcance de las normas de la CADH en concordancia con derechos fundamentales consagrados en otros instrumentos internacionales, precedentes de la misma Corte IDH y principios de *jus gentium* cumplimentan el requisito de coherencia de las argumentaciones.

Que, en la sentencia de la Corte Suprema de Chile se utilizó un criterio irrelevante (la orientación sexual de la madre) para asignar una carga (la pérdida de la custodia de sus hijas) guiándose por prejuicios (predisposición hacia las personas homosexuales) que suprimieron el criterio verdaderamente relevante en el caso (la habilidad maternal para cuidar de las hijas menores) y además se ocasionó un daño a las niñas al violar su interés superior.

²⁸⁵ Corte IDH. Caso “*Flor Freire vs Ecuador*” Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

²⁸⁶ Corte IDH, “*Kimmel, Eduardo v. República Argentina*”, Sentencia del 02/05/2008

El estándar del daño concreto, específico y real será el prisma bajo el cual se evaluarán los argumentos del Estado. Este estándar es mucho más exigente que el del mero daño especulativo esgrimido por las sentencias en los procesos de tuición (en el caso, el tribunal interno se limitó a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas²⁸⁷).²⁸⁸

La Corte IDH hizo referencia a que la CADH no protege un tipo determinado de familia, sino que es compatible con un concepto amplio de familia mientras que la Corte Suprema reflejó en su sentencia una concepción limitada y estereotipada del concepto de familia, que es incompatible con la propia Convención.

“142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio²⁸⁹.”

143. En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad)²⁹⁰.”²⁹¹

El hecho de que el proceso de custodia girara en torno a la orientación sexual de la madre provocó una discriminación indirecta en las menores hijas, ya que tomó en cuenta consideraciones que no habrían sido utilizadas en un proceso de tuición de una pareja heterosexual. Chile parecería

²⁸⁷ Párr. 129, con cita de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 caso “Atala Riffó y niñas vs. Chile”

²⁸⁸ CLERICO, Laura. “El caso Atala de la Corte IDH: posibilidades y perspectivas”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, enero 2012.

²⁸⁹ Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 122, párrafos. 69 y 70. Ver asimismo: T.E.D.H., Caso Keegan Vs. Irlanda, (No. 16969/90), Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44, y Caso “Kroon y otros Vs. Países Bajos”, (No. 18535/91), Sentencia de 27 de octubre de 1994, párr. 30

²⁹⁰ Conforme T.E.D.H., “Caso Salgueiro da Silva Mouta”, supra nota 99, párrafos. 34 a 36

²⁹¹ Párr. 142 y 143, con sus citas de la sentencia de la Corte IDH en el “Caso Atala Riffó y Niñas v. Chile”. del 24 de febrero de 2012.

haber respondido en esta argumentación a cuestiones de moral social preponderante en la sociedad chilena que entendemos desajustadas al contexto internacional y a los estándares morales que habían sido ya plasmados en instrumentos internacionales y sentencias de tribunales superiores en sociedades análogas no solo del mundo sino de Latinoamérica.

“En general, la Corte IDH en el caso Atala realiza un examen de igualdad desde la concepción del principio antidiscriminatorio, en una versión de escrutinio bien estricto. Esto es un avance porque despeja las dudas sobre a qué tipo de examen deben ser sometidas las normas e interpretaciones de normas que discriminan en desmedro de las personas LGBTI²⁹². Asimismo, en ese examen agrega una perspectiva de igualdad como reconocimiento.”²⁹³

Para no hacer evidente esta discriminación la Corte Suprema desvió el eje de su argumentación en una mala apreciación de la prueba por parte de los tribunales inferiores siendo ésta la obiter dicta del fallo.²⁹⁴

Concluimos que la Corte IDH consideró que se emplearon supuestos abstractos, estereotipados y desiguales (basada en una categoría irracional como es la orientación sexual) para fundamentar la decisión de la Corte Suprema lo que constituyó un trato discriminatorio para la señora Atala Riffo.

La Corte IDH reitera este criterio sentado en el fallo Atala al analizar la cuestión en la sentencia del caso “Flor Freire vs. Ecuador” sobre discriminación por orientación sexual en el que cita el examen de igualdad intensivo utilizado y dice:

²⁹² LGTBI: En el Comunicado de Prensa nro. 115/11 del 3 de noviembre de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publica la creación de la “Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays y las personas Trans, Bisexuales o Intersexo” y dice: “Atendiendo a las diferentes y múltiples categorizaciones que existen, así como a los debates que se dan en diferentes ámbitos, la Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays, las Personas Trans, Bisexuales e Intersex (LGTBI) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se ha designado con este nombre con el fin de dar una nominación fácilmente reconocible y unificar en forma práctica algunos de los principales debates que persisten en relación a las categorías de orientación sexual, identidad de género y expresión de género. La CIDH toma nota de esta terminología y al mismo tiempo reconoce la autoidentificación de cada persona como una línea de guía fundamental; en consecuencia, es posible que personas objeto de la atención de la Unidad no se autoidentifiquen dentro de éstas y otras categorías”.

²⁹³ CLERICO, Laura. “El caso Atala de la Corte IDH: posibilidades y perspectivas”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, enero 2012

²⁹⁴ Obiter dictum (generalmente utilizado en su forma plural, obiter dicta) es una expresión en latín que literalmente en español significa dicho de paso. Hace referencia a aquellos argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria

“125. La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable²⁹⁵, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.²⁹⁶

Asimismo, este Tribunal ha establecido que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva²⁹⁷. En efecto, es el Estado quien tiene la carga de la prueba para mostrar que la diferencia de trato entre los actos sexuales homosexuales y los llamados “actos sexuales ilegítimos” se encuentra justificado, sin fundamentar su decisión en estereotipos”.²⁹⁸²⁹⁹

En los párrafos 109 a 111 del fallo Atala, la Corte IDH analiza la relación invocada por el Estado entre el interés superior del niño y la potencialidad de los riesgos invocados a la luz de los estándares sobre orientación sexual y dice:

109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia³⁰⁰.

²⁹⁵ Conforme “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46, y Caso Duque Vs. Colombia, supra, párr. 106.

²⁹⁶ Conforme. Caso “Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 200, y Caso Duque Vs. Colombia, supra, párr. 106.

²⁹⁷ Conforme. Caso “Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador”, supra, párr. 257, y Caso “Duque Vs. Colombia”, supra, párr. 106.

²⁹⁸ Conforme. Caso “Atala Riffo y niñas Vs. Chile”, supra, párr. 125.

²⁹⁹ Corte IDH. Caso “Flor Freire vs Ecuador”. Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

³⁰⁰ Conforme., inter alia, en Australia: *In the Marriage of C. and J.A. Doyle*, (1992) 15 Fam. L.R. 274, 274, 277 (“el estilo de vida de los progenitores no es relevante sin considerar sus consecuencias en el bienestar del niño”); en las Filipinas: Corte Suprema de las Filipinas, “*Joycelyn Pablo-Gualberto v. Crisanto Rafaelito Gualberto*”, G.R. No. 156254 de 28 de junio de 2005, señalando que la preferencia sexual en sí misma no es muestra de la incompetencia parental de ejercer la custodia de menores (“sexual preference or moral laxity alone does not prove parental neglect or incompetence. [...] To deprive the wife of custody, the husband must clearly establish that her moral lapses have had an adverse effect on the welfare of the child or have distracted

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que, al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona³⁰¹. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño³⁰². La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños³⁰³. ”

the offending spouse from exercising proper parental care”); en Sudáfrica: Corte Constitucional de Sudáfrica, *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* (CCT40/01) [2002] ZACC 20; 2002 (10) BCLR 1006; 2003 (2) SA 198 (CC) (10 September 2002), permitiendo la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo por considerar que no afectará el interés superior del niño, y Corte Constitucional de Sudáfrica, *J and Another v Director General, Department of Home Affairs and Others* (CCT46/02) [2003] ZACC 3; 2003 (5) BCLR 463; 2003 (5) SA 621 (CC) (28 March 2003).

³⁰¹ En similar perspectiva, en un caso sobre el retiro de la custodia de una menor de edad por las creencias religiosas de la madre, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos criticó la falta de prueba concreta y directa que demostrara el impacto que las creencias religiosas tenían en la crianza y en la vida diaria de los niños, por lo que consideró que el tribunal interno había fallado en abstracto y bajo el fundamento de consideraciones generales sin establecer una relación entre las condiciones de vida de los niños y de la madre. Cfr. T.E.D.H., Caso “*Palau-Martínez Vs. Francia*”, (No. 64927/01), Sentencia de 16 de diciembre de 2003. Final, 16 de marzo de 2004, parágrafos. 42 y 43.

³⁰² Al respecto, la perita Jernow manifestó que “el análisis del interés superior del niño [...] no puede basarse en presunciones o estereotipos infundados sobre la capacidad parental” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5069). Asimismo, el perito Wintemute manifestó que “la discriminación basada en la raza, la religión, el sexo o la orientación sexual del padre o la madre de un niño nunca es en el interés superior del niño. Lo que respeta el interés superior del niño es una decisión de custodia que tenga en cuenta las cualidades de los dos padres, sin examinar consideraciones que son irrelevantes, y que muchas veces están ligadas a prejuicios sociales. [...] Una decisión de custodia no discriminatoria no debería referirse a la orientación sexual del padre o de la madre. Debería enfocarse solamente en las capacidades parentales del padre o de la madre, el tipo de hogar que pueden brindar, etc. No debería haber la necesidad de si quiera mencionar la orientación sexual” (expediente de fondo, tomo XI, folios 5355 y 5358). En similar sentido, el perito García Méndez en la audiencia pública resaltó que “la conducta sexual que los tribunales en general han tenido en cuenta en casos de esta naturaleza, son conductas sexuales que se refieren a la promiscuidad, [...] sin ningún otro tipo de consideración”.

³⁰³ Sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, cfr. Caso “*González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

Coincidimos con Ronconi y Aldao³⁰⁴, como lo trataremos más adelante, en que existe una relación entre las preconcepciones y estereotipos que la Corte IDH dice, la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile, utilizó para resolver y la garantía de imparcialidad judicial y deber de motivar las sentencias prescindiendo del contexto de descubrimiento³⁰⁵. En ese sentido hubiera correspondido que se condenara al Estado también por la violación al artículo 8.1 respecto de la garantía de imparcialidad por el uso de estereotipos de género.³⁰⁶

³⁰⁴ Ver RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín, *“Una oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile”* Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo Perrot, 2011-III

³⁰⁵ Para ampliar sobre contexto de descubrimiento ver GARZON VALDES, Ernesto. *“Acerca de la tesis de la separación entre moral y política”*, 1993, en *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC

³⁰⁶ La Corte IDH en su jurisprudencia recepta la postura subjetiva de interpretación más restrictiva sobre la imparcialidad judicial por eso no considera el extremo planteado.

TÍTULO IV

ESTEREOTIPOS, PREJUICIOS Y ÉTICA JUDICIAL

18 ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD.

18.1 Juzgar con perspectiva de Derechos Humanos

Con la inclusión de los principales documentos de derechos humanos al texto constitución se dio origen a un período de constitucionalización de la judicatura o, en palabras de Sagües, se pasó del juez legal al juez constitucional y surgió la necesidad de interpretar los textos legales existentes conforme el bloque convencional incorporado al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Ilustra Sagües:

“Estamos aludiendo aquí a la doctrina de la «interpretación armonizante», también llamada interpretación «constitucional», o «de la conformidad constitucional», y por algunos, interpretación «adaptativa». No se trata de una interpretación «de» la Constitución, sino, como bien se ha dicho, «desde» la Constitución.

La interpretación armonizante aconseja que, cuando una regla subconstitucional admite dos o más exégesis, el operador debe preferir aquella que sea compatible con la Constitución, y no la que se le oponga. En otras palabras, tendrá que desechar las interpretaciones posibles de un texto infraconstitucional que colisionen con la Constitución, y elegir como válida solamente a la que coincida con la ley suprema. Concomitantemente, tendrá que amoldar el texto legal a las posibilidades que brinda la Constitución.

La doctrina de la interpretación armonizante es, por un lado, un mecanismo de rescate de reglas subconstitucionales ya que evita la declaración de inconstitucionalidad de normas de tal índole, al proponerle al operador que opte por una interpretación del precepto acorde con la Constitución. También es un procedimiento de constitucionalización de las distintas ramas del derecho, ya que obliga a aplicarlas según las pautas de la Constitución.”³⁰⁷

³⁰⁷ SAGÜES, Néstor. “Del juez legal al juez constitucional” en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2000, vol. 4, páginas 342.

La idea de juzgar con perspectiva de derechos humanos se funda la concepción de que quienes aplican el derecho contribuyan con acciones a construir un modelo de sociedad igualitaria. Para ello es indispensable que manejen concepciones amplias de igualdad que integren, sobre todo, grupos minoritarios. Este tipo de argumentación se orienta al establecimiento de pretensiones, razones y justificaciones racionales que determinen si se está ante una violación de algún derecho humano.

Los derechos humanos son básicamente de carácter histórico, puesto que surgen de movimientos y sujetos concretos que reivindican sus necesidades ante diversas situaciones de abuso de poder. Esto hace que los derechos humanos siempre estén en desarrollo, ya sea para que se expliciten nuevos derechos o para que se amplíen y no se violenten los derechos ya reconocidos.³⁰⁸

Nos dice Alexy que: "El discurso iusfundamental no está sujeto a las decisiones tomadas en el procedimiento legislativo, sino que tiene prioridad sobre éste. Esto significa que para él desaparece el factor de sujeción más importante para la argumentación jurídica general, es decir, la ley ordinaria que, la mayoría de las veces es relativamente concreta. En su lugar aparecen las disposiciones iusfundamentales, muy abstractas, abiertas e ideologizadas."³⁰⁹

Para una cabal labor de análisis es esencial la consideración del contexto y las particularidades de la persona titular del derecho eventualmente vulnerado.

"Al tratarse de derechos humanos, al menos son cuatro enfoques los que deben tomarse en cuenta al llevar a cabo cualquier análisis de caso:

- Enfoque de género. La perspectiva de género tiene como finalidad observar las dinámicas de las relaciones de poder que se establecen a partir de la identidad sexogenérica de las personas y que pueden propiciar desigualdad

- Enfoque por edad (infancia/persona adulta mayor). Se trata de la revisión de la condición de las personas conforme a su edad verificando, entre otros elementos si subsisten obstáculos como

³⁰⁸ Nos remitimos a lo tratado en el punto 10 con respecto al alcance del art. 29 de la CADH.

³⁰⁹ ALEXY, Robert, *"Teoría de los Derechos Fundamentales"*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 532.

la falta de reconocimiento a su autonomía de voluntad para que ejerzan sus derechos de manera directa y personal.

- Enfoque de discapacidad. Quien argumenta debe considerar si la persona involucrada en el caso tiene una disfunción física, sensorial, mental o intelectual que, al interactuar con el entorno (normativo, económico, jurídico, cultural, etc.), le impida ejercer personalmente sus derechos.

Asimismo, habrá que hacer una valoración sobre la naturaleza temporal o permanente, congénita o adquirida de la disfunción.

- Enfoque de interculturalidad. Esta perspectiva evalúa si el contexto cultural —que puede considerarse no dominante— del cual es originaria la persona del caso es una condición que afecta el ejercicio pleno de sus derechos, al interactuar en el contexto cultural dominante.

Los enfoques o perspectivas de análisis no son otra cosa que la valoración jurídica de las diferencias³¹⁰ —particularmente de los grupos en situación de vulnerabilidad—, orientada al cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación. En una sola persona pueden coincidir varias condiciones de vida que la posicionen como parte de más de un grupo en situación de vulnerabilidad. En tal caso, estaremos ante un supuesto de interseccionalidad en las circunstancias de vulnerabilidad.

La adopción de uno o varios enfoques de análisis tiene las siguientes implicaciones:

- Recurrir al marco normativo nacional e internacional que protege de manera especializada a las personas que se encuentran en cada una de las situaciones señaladas.

- Implementar en la argumentación del caso razones que demuestren las condiciones normativas, materiales y estructurales que colocan a la persona en desventaja para el pleno goce de sus derechos.³¹¹

- Acreditar la necesidad de incluir, como parte de la reparación del daño, la aplicación de medidas de compensación que permitan a la persona superar la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra.”³¹²

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *“Derechos y garantías. La ley del más débil”*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004, págs. 75-76

³¹¹ SABA, Roberto. *“Pobreza, derechos y desigualdad estructural”*, México, SCJN, 2012, p. 34.

³¹² FUENTES PEREZ, Delia Berenice. *“Guía de argumentación con perspectiva de derechos humanos”*. México, 2013 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Usualmente las distinciones basadas en alguna de estas consideraciones se valoran de manera negativa en diversos contextos y están asociadas a prejuicios. Etimológicamente, el vocablo "prejuicio" se refiere al momento previo a la emisión de un juicio, y en algún sentido se trata de juicios provisionales errados que toman como fundamento objetivo información que es subjetiva. Son intuiciones o predisposiciones mentales para responder a situaciones que por su imprecisión y falta de razonabilidad son arbitrarias.

Las actitudes prejuiciosas conducen directamente a la discriminación; de hecho, el prejuicio es una de las condiciones necesarias del concepto de discriminación.

El prejuicio funciona como motor para la creación de desventajas completamente discrecionales concernientes en la pérdida de algún beneficio o la adquisición de alguna carga.

Juzgar con perspectiva implica hacer realidad la prevalencia de los derechos humanos. Se funda en una obligación constitucional y convencional de garantizar por medio del quehacer jurisdiccional el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder que vulneran derechos. De este modo se hace posible que las personas diseñen y ejecuten un proyecto de vida en condiciones de autonomía e igualdad y con el mayor respeto a su dignidad.

Juzgar con perspectiva no es una opción para los jueces de la actualidad, sino que es un mandato imperativo resultante de los documentos internacionales existentes que son también derecho interno de los países (por su ratificación y promulgación). La CIDH estableció que estándares jurídicos internacionales de derechos humanos están compuestos por: "... decisiones de fondo, informes temáticos y de país y otros pronunciamientos jurídicos de la CIDH, ... sentencias de la Corte IDH. Asimismo, comprende las decisiones contenidas en los instrumentos marco del sistema interamericano, como la Declaración Americana, la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos interamericanos de derechos humanos relevantes para la igualdad de género y los derechos de las mujeres"³¹³

³¹³ CIDH. 2011, "Estándares Jurídicos Vinculados a la Igualdad de Género y a los Derechos Humanos de las Mujeres en el Sistema Interamericano de derechos humanos: Desarrollo y Aplicación." Doc. 60, 3 de noviembre de 2011, Washington DC, OEA, 4.

El Poder Judicial, como parte del Estado, en cumplimiento de mandatos convencionales tiene la obligación de garantizarles a las personas la plena efectividad de sus derechos fundamentales.³¹⁴

La argumentación judicial con perspectiva de derechos humanos implica considerar dentro del proceso que lleva a la resolución o sentencia la aplicación de los principios constitucionales y convencionales de igualdad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; buscar la normativa más protectora para el sujeto vulnerable cuyo derecho presumiblemente se estuviera violando, para eso hay que encontrar, si existe, la situación asimétrica de poder o de desigualdad estructural. Esto implica no sólo la cita de, por ejemplo, tratados internacionales, sino la expresión de las razones por las cuales hay que traerlos a cuenta al caso en concreto y la resolución del caso con base en ellos.

Es fundamental la interpretación de la normativa según nuevos paradigmas, o sea evolutivamente, entendiendo las normas convencionales como instrumentos vivos detectando estereotipos y prejuicios que pudieran existir en las regulaciones internas.

Es necesario también que el resolutorio que se dicte haya ponderado, si fuera necesario, los derechos fundamentales en juego y determine una estrategia jurídica adecuada para aminorar su impacto evitando la revictimización y la estereotipación de las personas involucradas.

18.2 Juzgar con perspectiva de género

“El género afecta al derecho igual del hombre y la mujer a disfrutar de sus derechos. El género alude a las expectativas y presupuestos culturales en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer sobre la base exclusiva de su identidad como tales. Las hipótesis y las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable con respecto al disfrute sustantivo de derechos, como el de actuar y ser reconocida como un adulto autónomo y con plena capacidad, participar plenamente en el desarrollo económico, social y político y tomar decisiones sobre sus circunstancias y condiciones propias. Las ideas preconcebidas sobre el papel económico, social

³¹⁴ VIGO, Rodolfo Luis. *“Ética y responsabilidad judicial”*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires.2007. Capítulo IV.

y cultural en función del género impiden que el hombre y la mujer compartan responsabilidades en todas las esferas en que lo exige la igualdad.” Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales, Observación General N° 16 “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”

Ha existido una invisibilización sistemática de la mujer en la teoría del derecho hasta la irrupción del feminismo en la década de los 70s. Esa inexcusable omisión no es privativa del derecho, sino que tiene su correlativo en la esfera política³¹⁵. Las mujeres no tuvieron acceso al manejo de las cuestiones públicas siendo relegadas a trabajos domésticos. El movimiento feminista puso en evidencia la desigualdad estructural existente contra las mujeres, que siempre han sido estigmatizadas, segregadas y violentadas³¹⁶.

Nos dice Malena Costa que, en el discurso jurídico, la incorporación del género permite la elaboración de claves para comprender la predominancia masculina en este campo, así como la relación del derecho con la producción de las diferencias sexuales. Por un lado, las oposiciones que se establecen en el pensamiento occidental desde tiempos remotos entre razón/emoción, ideal/material, libertad/necesidad, individualismo/altruismo, autonomía/comunidad, objetivo/subjetivo, configuran un binarismo jerarquizado y sexualizado. De manera que aquellos términos que se valorizan como superiores son correspondidos con características masculinas, y los términos inferiores son asociados con características de feminidad. Puesto que el derecho, en tanto saber científico, se vincula con la autonomía de la razón, la libertad individual y el conocimiento objetivo, pareciera coherente que se haya erigido como un dominio masculino.³¹⁷

³¹⁵ Para un análisis de las limitaciones de la teoría de la justicia rawlsiana en el marco de la filosofía política feminista, véase el texto de M. Victoria Costa «*The Indeterminacy of Rawls's Principles of Justice for Women's Freedom from Domination*».

³¹⁶ Así es receptado por la Recomendación nro. 19 de 1992 del Comité de la CEDAW sobre La violencia contra la Mujer: “Observaciones sobre disposiciones concretas de la Convención ... Apartado f) del artículo 2, artículo 5 y apartado c) del artículo 10.... 11. Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo.”

³¹⁷ COSTA, Malena. “Introducción al Dossier: *Pensando el Derecho en clase pro-femenina*” Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Número 19, julio/diciembre 201, Buenos Aires, UBA, página 4.

Luciana Samamé hace un interesante análisis de las falacias³¹⁸ sobre el razonamiento antifeminista y la estigmatización del pensamiento que propone la igualdad de sexo y sostiene:

“Existe una suerte de leitmotiv extendido en nuestros días, a través del cual las feministas son tildadas de «feminazis». La comparación del feminismo con el nazismo es sin duda malintencionada, ya que su único propósito parece apuntar a la mera descalificación sin ofrecerse ninguna razón ulterior. El tipo de argumentación aquí implicada podría tipificarse como una falacia ad-hominem (o mejor, ad-feminam) en su versión abusiva. Podría reconstruirse de la siguiente manera:

–El nazismo es una ideología totalitarista y, por tanto, reprochable.

–El feminismo es una ideología totalitarista.

–Las feministas son feminazis. Se incurre en esta clase de falacia cuando, en lugar de discutirse una idea, tesis o concepción, se ataca a la persona que la defiende o sustenta, normalmente mediante la atribución de ideologías o cualidades morales reprochables. La equiparación del feminismo con el nazismo no es más que una maniobra argumental que omite someter a discusión racional tesis alguna.”³¹⁹

Se observa la tendencia a estigmatizar a las mujeres, en el caso concreto las asimila a la ideología nazi, instalando así la idea de su ilegitimidad, y cargando al movimiento de los reproches y calificativos que aquella ideología con sus actos se ha ganado. De este tipo son los estereotipos que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) trata de erradicar a través de su artículo 7:

“CAPÍTULO III DEBERES DE LOS ESTADOS

Artículo 7 Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

³¹⁸ “El término “falacia” se emplea como arma arrojadiza en los intercambios argumentativos. Las disputas que derivan en un procedimiento judicial son esencialmente argumentativas, por lo que resulta común que las partes cuestionen la posición de su rival atribuyéndole la comisión de “falacias”, o que al fundar un recurso contra la sentencia que pone fin a la controversia afirmen que el juez ha incurrido en alguna “falacia” en su fundamentación. Tradicionalmente se suelen definir las falacias como aquellos argumentos que resultan psicológicamente persuasivos pero que un análisis más detallado revela como incorrectos desde el punto de vista lógico”. BONORINO RAMIREZ, Pablo Raúl. “¿Qué es la falacia?” en “Teoría del derecho y decisión judicial”, Madrid, Bubok Publishing, página 9.

³¹⁹SAMAME, Luciana. “Falacias anti-feministas”. En *Feminismo/s*, 34 (diciembre 2019, páginas 317-338

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.”

Entendida en este sentido, la perspectiva de género resulta esencial para primacía del principio de igualdad, en todas sus formas y, conociendo la transversalidad de este principio y derecho, la perspectiva de género deviene la base para la efectividad de todos los demás derechos reconocidos en los diferentes documentos internacionales.

Al respecto sostiene Mary Bellof que, en las últimas décadas, el movimiento de mujeres ha logrado avances extraordinarios en, por lo menos, tres órdenes: i. Visibilizar la violencia y la discriminación basada sobre razones de género, ii. Desarrollar normas orientadas a la prevención y sanción de la violencia de género, y iii. Crear mecanismos para hacer efectivos los dos primeros. El presupuesto de tan intensa actividad política, normativa y social es un acuerdo universal respecto de que cualquier forma de violencia contra mujeres y niñas constituye la más ultrajante

forma de discriminación contra la mujer, la cual permea a todos los sectores sociales, culturales, económicos y educativos, por mencionar algunos.³²⁰

La Corte IDH ha dicho, en casos como “Veliz Franco vs. Guatemala”³²¹, en “Campo Algodonero”³²² y en “Velásquez Paiz vs. Guatemala”³²³ que existe una obligación de los Estados de juzgar con perspectiva de género, que las investigaciones deben ser conducidas con esta perspectiva, que los agentes de los Estados deben conducirse y dirigir sus acciones con esta perspectiva, porque de no ser así, pueden violar el principio de igualdad consagrado en el art. 1.1 y el 24 de la CADH por el trato discriminatorio brindado a las mujeres que se traduce directamente en responsabilidad internacional del Estado.

“204. El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, ya que dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma³²⁴. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional³²⁵. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación³²⁶”³²⁷

³²⁰ BELOFF, Mary. *“La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”* Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gjoja, Número 19, julio/diciembre 2017, Buenos Aires, UBA, página 56.

³²¹ Corte IDH. Caso *“Veliz Franco y otros Vs. Guatemala”*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277

³²² Corte IDH. Caso *“González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México”*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205,

³²³ Corte IDH. Caso *“Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”*, Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) del 19 de noviembre de 2015).

³²⁴ Conforme *“Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53, y Caso de las “Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis)”*, supra, párr. 332

³²⁵ Conforme *“Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 85, y Caso *“Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana”*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 236.

³²⁶ Conforme *“Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”*, supra, párr. 53, y Caso *“Nadege Dorzema y otros”*, supra, párr. 224

³²⁷ Corte IDH. Caso *“Veliz Franco y otros vs Guatemala”*. Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

La perspectiva de género es esencial para la destrucción de estereotipos, los estereotipos distorsionan las percepciones y, en la práctica judicial, conducen a decisiones que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos.³²⁸ De esa forma, afectan el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial.³²⁹

10. ENTIMEMAS, PREJUICIOS Y ESTEREOTIPOS EN LAS SENTENCIAS

Sostiene Manuel Atienza, siguiendo a Nino, que detrás de todo proceso de justificación de una decisión judicial hay un tramo de justificación moral que en general son cuestiones de moral compartidas que no se tematizan.

Partiendo de lo expresado y considerando que las creencias morales tiñen el razonamiento de los jueces entendemos que los entimemas pueden contener cuestiones de moral que conlleven prejuicios o estereotipos.

Desde la antigüedad se entiende por “entimema” aquel argumento en el que algunas de sus premisas (o la conclusión) no han sido formuladas.³³⁰

Es trascendental identificar los presupuestos omitidos en un razonamiento entimemático para su análisis. Una vez identificados estos presupuestos hay que evaluar el peso que se les da en el argumento analizado.

Bonorino analiza que existen dos tipos de estrategias para abordar los entimemas: 1) los enfoques lógicos, que han puesto el acento en la estructura de los argumentos y consideran al entimema como un «argumento incompleto», y 2) los enfoques retóricos, que desarrollan la otra vertiente de la tradición aristotélica que considera al entimema como un tipo de argumento retórico que está dirigido a una audiencia en particular, en una situación en particular y con un objetivo

³²⁸ CEDAW, *Recomendación General 33*, párr. 26

³²⁹ CEDAW, *Comunicación No. 47/2012 para el caso “Ángela González Carreño c/España”*, decisión del 16/7/2014, párr. 9.7.

³³⁰ BONORINO, Pablo. *“Entimemas probatorios”*, DOXA, 2015, Nro. 38 pág. 41-71

específico en particular, en el que el argumentador cree que cierta información puede ser transmitida a sus oyentes sin necesidad de volcarla en palabras de forma explícita. Pero lo que separa a ambos enfoques son sus presupuestos más profundos respecto a lo que debe entenderse por «argumento» ... Los enfoques lógicos hacen hincapié en los «argumentos» entendidos como productos (textos argumentativos) mientras que los enfoques retóricos lo hacen en las actividades y procesos que llevan a cabo los argumentadores al generarlos.³³¹

Claro es que en un acto argumentativo hay muchos elementos implícitos, sólo nos enfocaremos en las situaciones en las que esos argumentos implícitos son prejuicios o estereotipos, tópicos retóricos que descansan en convicciones comunes o en supuestos generales o en presunciones específicas³³².

Continúa explicando Bonorino que la argumentación ordinaria en lenguaje natural requiere, para ser correctamente reconstruida y evaluada, que el analista obtenga importante información del contexto. Esto es importante para todas las tareas interpretativas, pero en especial para la identificación de las premisas tácitas. La cuestión es qué información del contexto resulta relevante y cómo incluirla al realizar esa labor. Esta cuestión se torna relevante para nosotros que entendemos que los entimemas pueden conllevar prejuicios o estereotipos. La posición del analista en estos casos es muy complicada porque en muchas ocasiones no comparte el contexto específico de emisión y recepción de la argumentación, entonces ¿Cómo saber que está haciendo una reconstrucción adecuada de ese contexto en el que no se encontraba cuando ocurrieron los intercambios argumentativos que pretende examinar? Una forma de abordar este problema consiste en analizar los rasgos genéricos del contexto en el que se produjo la argumentación y rescatar de ese contexto las cuestiones de caracterización o prejuiciosas.³³³

El prejuicio o el estereotipo puede insertarse como premisa tácita, como premisa tácita condicional (si usamos un método deductivo o inductivo). En caso de hallar un entimema quien lo analiza debería introducir como premisas tácitas aquellas que permitan maximizar la solidez del argumento resultante, sin perder de vista que para evaluar esa solidez se deben considerar al mismo tiempo su estructura lógica y la verdad del conjunto de sus premisas.

³³¹ *ibidem*

³³² VEGA REÑON, Luis. “Entimemas”, DOXA, Nro. 27, 2004, página 296

³³³ BONORINO, Pablo. “Entimemas probatorios”, DOXA, 2015, Nro. 38 pág. 41-71

Entre las bases de las asunciones efectivamente implícitas y activadas en los entimemas nos encontramos con dos relevantes y más o menos solapadas, un entorno cognitivo de conocimientos compartidos y un guion de experiencias comunes y ordinarias³³⁴

La existencia de un prejuicio derivado de un estereotipo implica no solo a una opinión o creencia, sino también a una actitud o una forma de proceder³³⁵, que incluye sentimientos como desprecio, disgusto, abominación.

El prejuicio está determinado en gran medida por un tipo de pensamiento conocido como categórico y suele ser un resultado natural de la forma en que comprendemos el mundo. Cuando pensamos en categorías es fácil que se presente el prejuicio.

Una consecuencia del pensamiento categórico es que facilita la distorsión de las percepciones. Estas distorsiones consisten en el hecho de que las personas minimizan las diferencias de las categorías lo que se conoce como asimilación o exagerando las diferencias entre categorías lo que se conoce como contraste.

El estereotipo en cambio es un término que se refiere a generalizaciones acerca de los miembros de un grupo. No necesariamente un estereotipo es negativo, puede adicionar una cualidad positiva a un grupo, pero siempre son resistentes al cambio por lo que los estereotipos son causa de prejuicios y discriminación. Los estereotipos, como otras generalizaciones, sirven como atajos mentales y son probablemente más aplicados cuando las personas están ocupadas o distraídas.

³³⁴ VEGA REÑON, Luis. *"Entimemas"*. Doxa, página 300

³³⁵ Por ejemplo, tanto la Comisión como la Corte IDH destacaron en relación con los feminicidios de Ciudad Juárez, México, que las autoridades del sistema de justicia penal habían actuado sobre la base de estereotipos, lo cual las había llevado a abordar los casos de forma indiferente al comienzo de la investigación. Corte IDH, *"González y otras ("Campo Algodonero") vs. México"*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas); Comisión IDH. *Relatoría para los Derechos de las Mujeres. "Informe sobre la Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación"*. OEA, Doc. 44 de 2003, párr. 4. En otro caso, la Corte IDH consideró que el Estado de Guatemala había incumplido su deber de no discriminación por el hecho de que algunos funcionarios a cargo de la investigación de un homicidio violento de una niña habían efectuado declaraciones que denotaban la existencia de prejuicios y estereotipos sobre el rol social de las mujeres (que seguro era prostituta), como ser su forma de vestir (que llevaba sandalias), su vida social (que salía mucho) y nocturna (que iba a los bailes), sus creencias religiosas (que no iba a la iglesia) y la falta de preocupación o vigilancia por parte de su familia (que la madre no la cuidó). Caso *"Véliz Franco y otros vs. Guatemala"*. Sentencia del 19 de mayo de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 202.

Nos dice Laura Clérico que tomar el análisis de estereotipos en serio implica acoplarlo en todas las partes a la argumentación de la sentencia. En suma, el análisis de estereotipos no admite medias tintas y debe impactar necesariamente sobre el análisis de la garantía de imparcialidad.³³⁶

No es fácil determinar si todos los estereotipos deben evitarse, si estamos obligados a emplearlos en algunos casos o incluso si son deseables. En el derecho hay dos ámbitos jurídicos en los que se emplean estereotipos de una manera relevante: el ámbito de la producción normativa y el ámbito jurisdiccional³³⁷.

Según Pauline Capdevielle los estereotipos normativos atribuyen un deber a quienes pertenecen a un grupo, y asumen que por el hecho de pertenecer a este grupo las personas deben desempeñar ciertas tareas o ciertos roles; así el estereotipo normativo se compone de dos elementos: la inclusión de personas en una categoría y la especificación de las normas que se les aplica y los roles que deben desempeñar, el derecho contiene estereotipos descriptivos y normativos en la configuración de sus leyes. Pero cuando se requiere aplicar el derecho parcialmente determinado, los tribunales recurren a la interpretación para asignar el significado que la norma jurídica tiene a la luz del caso concreto con sus particularidades. Este ejercicio necesariamente afecta y cambia el objeto de interpretación; por ello es tan importante que los operadores judiciales identifiquen y distingan las generalizaciones válidas de los estereotipos, que pueden tener una carga negativa en la interpretación, y por medio de ésta en la asignación y/o limitación de derechos y obligaciones.³³⁸

La dificultad que presenta el estudio de los estereotipos descriptivos es debido a la estrecha relación que guardan con las categorizaciones, lo que hace difícil su identificación en el caso concreto.

Agrega Clérico que los estereotipos trabajan constantemente en la mente, y para no incurrir en ellos en la argumentación jurídica hay que cuestionarlos cada vez que aparecen, e incluso

³³⁶ CLERICO, Laura. “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”, *Revista Derecho del Estado* n.º 41, julio-diciembre de 2018, Página 71.

³³⁷ Clasificación tomada de Arena, Federico José, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXIX, núm. 1, junio de 2016.

³³⁸ CAPDEVIELLE, Pauline y otros. “Bioética y decisiones judiciales”. México, 2018, Instituto de Investigaciones Judiciales. UNAM, pág. 66

buscarlos cuando no aparecen en contextos en los que suelen estar presentes para determinar las razones de esta omisión y analizar si no configuran una situación de desigualdad.³³⁹

Aun sabiendo que no existe una fórmula exacta que arroje resultados correctos, la comprensión del significado e importancia de las generalizaciones, las distinciones y los estereotipos nos permiten dar un paso adelante en la comprensión y confección de sentencias más adecuadas. Con suerte, tales sentencias contribuirán a que más personas puedan, efectivamente, disfrutar de sus derechos.

Habiendo establecido las pautas conceptuales más adelante analizaremos la influencia de los prejuicios y estereotipos entimemáticos en el caso Atala.

11. LA ÉTICA DE LOS JUZGADORES Y SU RELACIÓN CON LA GARANTIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Con el abandono de las posturas de separación de moral y derecho se afianzan las posturas que establecen una relación entre ellos. *“Esa carga ineludible ética o moral del Derecho ha recibido distintos nombres: así el tradicional de “Derecho natural” (“dikaion physikon” o “ius naturae”) o los más actuales de “principios” («exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral» en DWORKIN), «derechos humanos» o «moral rights» (NINO), «bienes o valores humanos básicos» (FINNIS), «umbral de injusticia o injusticia extrema» (ALEXY) o «equidad» (RAWLS). Pero ese «coto indisponible o vedado» (GARZÓN VALDÉS) no queda como un mero postulado teórico sino que se proyecta al campo operativo propio de los juristas de muy diversas formas: así, por ejemplo, a la hora de analizar la validez y consiguiente obligatoriedad de las normas jurídicas en tanto aquella dimensión ética exigía no sólo comprobar la satisfacción del cumplimiento de los requisitos previstos en el sistema jurídico positivo sino también confirmar su conformidad a ciertas exigencias “éticas o morales”. La fórmula de «la injusticia extrema no es derecho», propuesta por RADBRUCH y difundida por ALEXY, resume en buena medida aquel*

³³⁹ CLERICO, Laura. *“Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”*. Revista Derecho del Estado n.º 41, julio-diciembre de 2018, pp. 67-96

rechazo al juridicismo y una asunción de la dimensión ética que hoy distintas corrientes pregonan respecto al Derecho.”³⁴⁰

Según Vigo ese cambio produjo modificaciones en el sistema de interpretación judicial teniendo los jueces que dejar de lado la interpretación legal como la concebían para tomar mayor protagonismo cargando de valores axiológico a las normas. En ese procedimiento cobran gran relevancia los valores y principios que debe ponderar el juez para lograr una solución. “Pero ese protagonismo creativo del intérprete se ve agravado si pensamos que habitualmente frente a un caso aparece la posibilidad de recurrir a más de un principio, valor o derecho humano, lo que supone enfrentar el problema del «conflictivismo de principios o derechos fundamentales»”³⁴¹

Atienza resalta la existencia de un problema en la concepción de muchos operadores del derecho que entienden que el razonamiento moral esta escindido del razonamiento jurídico, que entiende se soluciona demostrando la tesis de la unidad de la razón práctica y la primacía de la moral. Así, detrás de toda justificación judicial hay una premisa implícita de carácter moral que le obliga al juez a utilizar ciertas normas. De manera que un juez que comprende realmente en qué consiste justificar – motivar- sus decisiones y que asume esa obligación erigiría también, al menos en muchas ocasiones, la pretensión de que su decisión es moralmente correcta: objetivamente correcta de acuerdo con el Derecho, y también con la moral que justifica aplicar ese Derecho. Y nos sigue diciendo que “La mayor parte de la gente tiene, sobre las cuestiones importantes, de alcance moral, opiniones que parecen corresponderse, en cuanto a la naturaleza de las razones que respaldan esos juicios, con lo que hemos llamado objetivismo moral; y la mayor parte de los jueces piensa que sí puede (al menos, por lo general) justificar adecuadamente sus decisiones, lo que supone que erige en relación con ellas una pretensión de corrección.”³⁴²

Nos dice Federico de Fazio³⁴³ que se ha objetado la idea de que la ética judicial no se reduce a la aplicación de prescripciones provenientes de una ética normativa más general, sino que representa en sí misma una ética normativa autónoma cuyos principios se encuentran definidos de

³⁴⁰ VIGO, Rodolfo. “*Ética judicial e interpretación jurídica*”, DOXA, 2006, Nro. 29, pág. 273 – 294.

³⁴¹ VIGO, Rodolfo. “*Ética judicial e interpretación jurídica*”, DOXA, 2006, Nro. 29, pág. 273 – 294.

³⁴² ATIENZA, Manuel. “*Objetivismo moral y derecho*”, <https://lamiradadepeitho.blogspot.com/2016/03/objetivismo-moral-y-derecho.html>

³⁴³ DE FAZIO, Federico. “*Sobre el concepto de ética judicial*”, Revista Electrónica, Instituto de Investigaciones Ambrosio L Gioja, 2019, Nro. 22 página 102

acuerdo con las especificaciones técnicas de la profesión.³⁴⁴ Para esta última postura la moral ordinaria respondería a características básicas de todo ser humano y la profesional a características específicas que le permitirían hacer cosas que para la moral ordinaria estarían prohibidas y esto ocurre porque esta moral profesional estaría basada en el razonamiento práctico.

Hay diversas formas de entender la ética, ya sea como virtud³⁴⁵, ya sea de forma consecuencialismos³⁴⁶ o de forma deontológica³⁴⁷. La ética deontológica asume así que una sentencia es correcta desde el punto de vista de la ética judicial si y solo si se ajusta a un conjunto de normas morales que prescriben un deber de tomar decisiones conforme con el sistema jurídico de manera independiente, imparcial y motivada, y ello con independencia del carácter virtuoso de quien las ejecuta o de su eficiencia en términos de utilidad social.³⁴⁸

Al respecto Josef Aguiló Regla respecto de la imparcialidad, la independencia y la motivación de las sentencias que la corrección de éstas viene dada por la corrección de las razones dadas por el juez en su resolución y sería, en este sentido, lógicamente independiente del contexto de descubrimiento en el que se ha producido.³⁴⁹

Agrega Atienza que “...los jueces son funcionarios independientes, no responsables políticamente; que desarrollan su función de una manera estable; y expertos en la materia sobre la que han de decidir, expertos en Derecho”³⁵⁰, claro es, que dentro de esa experticia existe un grado de discrecionalidad al momento de decidir sobre el caso concreto. Pero, esa discrecionalidad se debe mantener en esos parámetros sin incurrir en arbitrariedad. Agregaría Atienza que para

³⁴⁴ Para ampliar ver GARZON VALDES, Ernesto. “*Acerca de la tesis de la separación entre moral y política*” en *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC.

³⁴⁵ La conducta es correcta si y solo si es ejecutada por un individuo virtuoso.

³⁴⁶ Lo bueno como fin. Lo bueno prevalece sobre lo correcto lo que implica que no hay ningún tipo de restricción para perseguir lo bueno.

³⁴⁷ Lo correcto goza de prioridad sobre lo bueno. Existe un conjunto de normas morales que restringen la persecución de lo bueno.

³⁴⁸ DE FAZIO, Federico. “*Sobre el concepto de ética judicial*”. *Revista Electrónica, Instituto de Investigaciones Ambrosio L Gioja*, 2019, Nro. 22 página 105

³⁴⁹ AGUILO REGLA, Josef. “*Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*”. *Isonomía*, 1997, página 72

³⁵⁰ ATIENZA, Manuel. “*Argumentación Legislativa*”. *Buenos Aires, Ed. Astrea*, 2019, página 81

evitar esa arbitrariedad la fundamentación de las decisiones debería responder, también, a criterios de racionalidad práctica.³⁵¹

La discrecionalidad judicial tiene su lado negativo en la falta de previsibilidad y seguridad jurídica, pero sostiene Vigo que ante esta discrecionalidad judicial uno de los remedios es la ética judicial. Y sostiene que de “...esa derivación final en la ética del juzgador también se hace cargo Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ cuando afirma: «la legitimación del juez es legal, pero la forma necesariamente imperfecta en que se produce su sujeción a la ley, tiñe de cierta inevitable ilegitimidad las decisiones judiciales (FERRAJOLI), en la medida en que el emisor pone en ellas siempre algo que excede del marco normativo y que es de su propio bagaje; creo que una última exigencia ética dirigida al juez de este modelo constitucional es que debe ser muy consciente de ese dato, para ponerse en condiciones de extremar el (auto) control de ese plus de potestad de decidir»³⁵²”

También va a hablar de virtudes judiciales Manuel Atienza como ciertos rasgos de carácter que deberían poseer —y quizá posean— los jueces que posibilitan cierta anticipación o previsibilidad de las soluciones jurídicas para los casos concretos. “El catedrático de Alicante, apoyándose en MACINTYRE, vincula el “buen juez” con esas virtudes judiciales en cuanto cualidades adquiridas cuya posesión y ejercicio posibilitan modelos de excelencia y la obtención de ciertos bienes internos para toda la comunidad que participa en la práctica del derecho. El núcleo de la tesis acerca de las virtudes judiciales es que hay ciertos rasgos adquiridos en el carácter o la personalidad de algunas personas que los hacen más idóneos para cumplir la función judicial; aunque aclara ATIENZA que «las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales (...) las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial»³⁵³. Esas personas que tienen un modo habitual de decidir, comportarse, de hablar, de pensar, de escuchar, de razonar, de conducir a otros, de enfrentar dificultades, etc., lo que constituye una especie de personalidad ética que permite suponer que van a cumplir la función del

³⁵¹ ATIENZA, Manuel. “*Ponderación y sentido común*”, <https://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html>

³⁵² ANDRÉS IBÁÑEZ, P., de “*Ética de la función de juzgar*”, en 2001: “*Ética de las profesiones jurídicas*”, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L. y HORTAL ALONSO, A., Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, pp. 79-80

³⁵³ ATIENZA, M., 2001: “*Ética judicial*”, en *Cuestiones judiciales*, México: Fontamara, p. 153.

modo más perfecto posible o también permite suponer que los destinatarios de sus decisiones la aceptarán más fácilmente en razón de esas cualidades y calidades personales.”³⁵⁴

Según Rodolfo Vigo al juez se le requieren virtudes para cumplir su función, estas son: independencia, imparcialidad, conocimiento, prudencia, justicia, fortaleza, honestidad, decoro, confidencialidad, cortesía, diligencia, coherencia, austeridad y responsabilidad. El juez no debe quedarse con la idoneidad científica solamente.³⁵⁵

Por su parte para Armando Andruet el perfil que se aspira a que posea aquel hombre de quien se puede predicar ser un “jurista”, se identifica también con el de ser un “prudente”. Advierte que desde su construcción es inherente al mismo la calidad de estudioso y culto; más como se distingue por su acabado conocimiento científico-jurídico del derecho en la vastedad de sus exposiciones y manifestaciones, por eso puede definir de una manera más integral al ese hombre, que es prudente y conocedor del derecho, como un “jurisprudente”. Que si ordena ese conocimiento profesional al ámbito libre del ejercicio de la abogacía será un “jurisconsulto” pero que si cumple su profesión con sesgo jurisprudente en la administración de justicia será un verdadero “juez”.³⁵⁶

Claro es que, el juez ético debe mantener independencia del poder político, así como de la influencia que puedan ejercer los medios de comunicación.³⁵⁷ Esta distancia se requiere a para mantenerse imparcial, ya que el juez no ha dejado de ser, en cierto modo, tercero imparcial frente a una contienda de dos partes.

Concluye Vigo que para ser un “buen juez” se requiere de cuatro idoneidades: la físico-psicológica, la técnica-jurídica, la gerencial y la ética, no siendo suficiente, en este nuevo paradigma, con el conocimiento científico jurídico.

Laura Clérico coincide con nuestra postura y dice: “En varias normas de los ordenamientos vigentes en la región se establece la garantía de imparcialidad de los y las juzgadoras como parte

³⁵⁴ VIGO, Rodolfo. *“Ética judicial e interpretación jurídica”*, DOXA, 2006, Nro. 29, pág. 273 – 294.

³⁵⁵ VIGO, Rodolfo. *“Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional.”* Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2015, página 179.

³⁵⁶ ANDRUET (h), Armando. *“Deontología del derecho y aceptación de causas forenses”* en *Anuario de Derecho Civil* 8, Universidad Católica de Córdoba, página 69

³⁵⁷ VIGO, Rodolfo. *“Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional.”* Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2015, página 207.

de las garantías judiciales (p. ej., art. 8.1³⁵⁸ de la CADH), el deber de imparcialidad pretende lograr dos objetivos: a) “evitar acciones interesadas o favoritismos” u hostigamientos hacia alguna de las partes, y b) obligar a motivar la sentencia con argumentos objetivos y razonables.”³⁵⁹

Sostiene Josef Aguiló Regla que, si la independencia trata de controlar los móviles de los jueces frente a las influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social, la imparcialidad trata de controlar los móviles de los jueces frente a las influencias extrañas al Derecho provenientes del proceso. De este modo imparcialidad podría definirse como la independencia frente a las partes y al objeto del proceso. Es decir, el juez imparcial será el juez que aplica el derecho y lo aplica por las razones que el derecho le proporciona.³⁶⁰

La Corte IDH sostuvo en lo que respecta la imparcialidad judicial y la fundamentación de sus razones en el fallo Atala que:

“Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho.

[...] mientras que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona”³⁶¹

Ahora, cuando se corrobora la utilización de estereotipos o prejuicios en la fundamentación de una sentencia necesariamente se pierde el presupuesto de imparcialidad del juzgador. El uso de este tipo argumentativo que conllevan la violación de la garantía de imparcialidad contenida en el art. 8.1 de la CADH, pero además configura una falta ética.

³⁵⁸ El artículo 8.1 CADH (garantías Judiciales) establece: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”. ver, en general sobre imparcialidad y concepciones del derecho, AGUILO REGLA, J. “Imparcialidad y aplicación de la ley”. *Estudios de Derecho Judicial*.

³⁵⁹ CLERICO, Laura. *“Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”*. *Revista Derecho del Estado* n.º 41, julio-diciembre de 2018, pp. 67-96

³⁶⁰ AGUILO REGLA, Josef. *“Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica.”*, *Isonomía*, 1997, páginas. 71-78

³⁶¹ Corte IDH. Caso *“Atala Riffo y niñas vs. Chile”*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 189

El artículo 9 del Código de Iberoamericano de Ética Judicial, bajo el título "Imparcialidad" establece claramente la relación entre el derecho a la igualdad contenido en el artículo 24 de la CADH y la obligación judicial del art. 8.1 de la misma convención. De ese modo enuncia:

"art. 9º. - La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional."

Es apropiado sostener, entonces, que la transversalidad a la que venimos haciendo referencia, que es propia del derecho a la igualdad de trato y como no discriminación, aplica también al ejercicio de la función jurisdiccional y trasciende la obligación internacional de los Estados por hechos ilícitos llegando hasta la esfera ética de los jueces que lo representan.

Sostiene Bernal Pulido que "Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad no bastará que la medida tenga la virtud de materializar así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que la medida sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura"³⁶²

Es labor de los jueces, a través de las decisiones que adoptan en sus sentencias, modificar o por lo menos intentar hacerlo las situaciones que conllevan la violación de la garantía de igualdad a la que los Estados se obligaron al suscribir los instrumentos internacionales. Los jueces son la parte de ese Estado encargada, en los casos concretos, de reparar la desigualdad.

En este sentido la Corte IDH en el fallo aquí analizado sostuvo: "*La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales (supra párr. 92), particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo*³⁶³ *hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la*

³⁶² BERNAL PULIDO, Carlos. "El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad" en BEADE y CLÉRICO (eds.), *Desafío de la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2011

³⁶³ En similar sentido, "Caso González y otras ("Campo Algodonero")", supra, párr. 450

población LGTBI. En esta línea a continuación se analizarán las solicitudes de la Comisión y los representantes.”³⁶⁴

12. LA VIOLACION DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA ÉTICA JUDICIAL EN “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”

Pauline Capdevielle en su análisis del caso “Atala” resalta: “... se comprende la trascendencia del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, ya que nos muestra la forma en que diversos estereotipos asociados con la orientación sexual de las personas aparecieron y, de hecho, condicionaron la interpretación que los tribunales chilenos efectuaron respecto de las normas jurídicas aplicables. Tanto el Juzgado de Menores de Villarrica —al conceder la custodia provisional al padre— como la Corte Suprema de Chile sustentaron sus respectivas resoluciones en razones que encierran estereotipos respecto de Atala Riffo. Es relevante observar que en este caso los estereotipos relevantes que dieron lugar a la sentencia de la Corte IDH no se encontraban en la ley que regula el proceso de custodia en la jurisdicción local, sino que se introdujeron en sede jurisdiccional como parte de los argumentos que —en un ejercicio de interpretación— el tribunal desarrolló para resolver sobre la custodia en el caso concreto. En dicho proceso de interpretación el tribunal incluyó a Atala en la categoría de las “personas homosexuales”, como persona perteneciente a un grupo específico. A partir de la clasificación de Atala en la categoría, se asignaron conductas, actitudes y roles de manera arbitraria, en razón de su pertenencia a dicho grupo social. La decisión que debía girar en torno a las consideraciones relevantes para asignar la custodia analizó en cambio características de la madre (irrelevantes para el caso), pero además lo hizo empleando estereotipos.”³⁶⁵

La Corte Suprema chilena violó el principio general de igualdad, que impone el deber genérico de tratar todos los casos de la misma forma.

Sostuvo en la audiencia ante la Corte IDH el perito por la Sra. Atala Riffo, Dr. Juan Carlos Marín, que a su entender la Suprema Corte de Chile había equiparado la condición de lesbiana a

³⁶⁴ Corte IDH. Caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*” parágrafo 267.

³⁶⁵ CAPDEVIELLE, Pauline y otros. “*Bioética y decisiones judiciales*”. México, 2018, Instituto de Investigaciones Judiciales. UNAM, pág. 66

la de progenitores que “maltratan, dañan o perturban el desarrollo normal de sus hijos” fundado en la inteligencia de los considerandos 16, 17, 18 y 19 de la sentencia y agregó que “ese fue el estándar probatorio que utilizó”³⁶⁶

La Corte consideró que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

*“el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. en este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de las mujeres, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”.*³⁶⁷

En el caso los estereotipos relevantes que dieron lugar a la declaración por la Corte IDH de que Chile había violado la CADH no se produjo por discriminación normativa, sino que fue la Corte Suprema la que interpretó en forma discriminadora.

La introducción de estereotipos y prejuicios fue hecha en forma entimemática dentro del razonamiento utilizado para fundar el decisorio. Es claro que a primera vista alguna de las estereotipaciones no se ven, pero al analizar el formato argumentativo, como lo hicimos con el método de Manuel Atienza en el Título III de este trabajo, surgen inequívocamente las preconcepciones de los juzgadores.

Es por eso por lo que creemos se produjo una violación ética por parte de los miembros de la Corte Suprema al fallar del modo en que lo hizo. Principalmente porque la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violación de los derechos de

³⁶⁶ <https://vimeo.com/showcase/1682603/video/28422813> de la web de la Corte IDH <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

³⁶⁷ CORTE IDH. “Caso Gutiérrez Hernández c. Guatemala”, Sentencia del 24 de agosto de 2017, párr. 169

las personas afectadas además de conllevar de suyo una violación del deber de imparcialidad al que todo juez está obligado.

El gran reproche que se le puede hacer a los miembros de la Corte Suprema es que fácticamente podían haberle evitado mucho sufrimiento tanto a la Sra. Atala Riffo como a las niñas con la sola implementación del escrutinio estricto previo al resolutorio. Con la utilización de ese método se hubiera evidenciado que había medios menos lesivos para evitar el riesgo de daño invocado.

Concluye la Corte IDH que “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, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”³⁶⁸

La consideración del principio de igualdad y no discriminación dentro de las principales premisas del *jus cogens* conlleva la necesaria consecuencia de que su violación desestabiliza el orden jurídico general. No hay sistema jurídico en la actualidad que no esté estructurado sobre la base de la igualdad de todos los hombres y es por ello por lo que los Estados tienen una enorme responsabilidad en sostener esta igualdad, evitar su violación y realizar acciones que sostengan su cumplimiento.

“205. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en numerosos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia³⁶⁹. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.³⁷⁰”

³⁶⁸ Corte IDH. Caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*”. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 86-92, 91

³⁶⁹ Conforme Caso “*Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 269, y “*Caso Nadege Dorzema y otros*”, *supra*, párr. 225.

³⁷⁰ Conforme. Core IDH OP Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 101, y Caso “*Nadege Dorzema y otros*”, *supra*, párr. 225

CONCLUSIÓN

Durante este trabajo hemos tratado de exponer la relevancia del análisis de los argumentos de una pieza jurídica para su evaluación y si fuera necesaria, su réplica.

Comenzamos introduciendo al lector en el nuevo paradigma del derecho para así, brevemente, desarrollar las posturas más relevantes de la teoría de la argumentación hasta llegar a quien es central para nuestro trabajo, Manuel Atienza.

Analizamos el derecho a la igualdad y la categoría sospechosa de discriminación, análisis que nos introdujo en el tema de la ponderación de derechos, todo relacionado a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Explicamos en el fallo Atala cómo el razonamiento de la Corte de Chile que omite clasificar la cuestión como categoría sospechosa de discriminación falla al aplicársele el test del escrutinio estricto para el derecho de igualdad.

Una vez recorrido ese camino introductorio y teniendo una visión amplia de la temática objeto del caso de la Corte IDH “Atala Riffo y niñas vs. Chile” presentamos los hechos del caso y procedimos a analizar conforme el método de Manuel Atienza las dos sentencias centrales del caso, la de la Corte Suprema de Chile y la de la misma Corte IDH. Este análisis nos puso en evidencia faltas éticas cometidas por los funcionarios del Estado, las que fueron evaluadas en el Capítulo IV.

Como expresamos en la Introducción, para nuestra cultura, hubo un antes y un después del caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” en materia derechos referidos a orientación sexual. La batalla llevada a cabo por Karen Atala implicó la modificación del paradigma con respecto a personas LGTBI.

Si bien se venía haciendo escuchar el movimiento LGTBI en Latinoamérica fue recién con el reconocimiento de la Corte IDH que se delimitaron estándares internacionales claros. Las reformas legales e institucionales orientadas a garantizar derechos humanos son procesos permanentes. En América Latina hemos aprendido esa lección. No basta con cambiar la ley para modificar la realidad de los derechos. La ley no es un punto de llegada, pero es una herramienta importante para visibilizar los temas, modificar los enfoques, asegurar la sustentabilidad de las

políticas y garantizar la exigibilidad de los derechos. Por la importancia que tuvo y por los cambios que se visibilizaron en lo que respecta a la igualdad y no discriminación respecto a la orientación sexual es que lo elegimos para este trabajo.

El método de análisis de argumentaciones desarrollado por Manuel Atienza, creemos, es de gran utilidad para poner en evidencia errores, preconceptos, estereotipos, prejuicios e incongruencias de los juzgadores. Los diagramas de flechas simplifican el desarrollo de las argumentaciones para así, en una simple mirada, poder distinguir las inconsistencias del razonamiento.

Creemos que, si los operadores del derecho manejaran el método del maestro Atienza, sobre todo para sus propias argumentaciones, tendríamos sentencias más sólidas, convincentes y menos arbitrarias.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Luis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AGUILO REGLA, Josef. «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica.» *Isonomía* Nro. 6 (abril 1997): 71-78.
- AGUILO REGLA, Josep - VIGO, Rodolfo. *Fuentes del Derecho - Dos Visiones*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2018.
- ALEXY, Robert. «Derechos humanos sin metafísica?» *DOXA* 30 (2007): 237-248.
- . *El concepto y la validez del derecho*. 2da. Traducido por Jorge M. Seña. Barcelona: Gidesa, 2004.
- . *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010.
- ALEXY, Robert. «La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático.» *Derechos y Libertades* 8 (2000).
- ALEXY, Robert. «Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica.» *DOXA* 5 (1988).
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: CEC, 1993.
- ANDRES IBAÑEZ, Prefecto. «Ética en la función de juzgar.» En *Ética de las profesiones jurídicas*, de J. L. y Hortal Alonso, A. Fernández Fernández. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2001.
- ANDRUET (h), Armando. «Deontología del derecho y aceptación de causas forenses.» En *Anuaio de derecho civil* 8, 63-85. Universidad Católica de Córdoba, 2003.
- ARANJUEZ SANCHEZ, Tasia. «Es necesario un giro aretaico de la teoría de la argumentación jurídica?» *DOXA*, 2017: 337-354.
- ARENA, Federico José. «Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual.» *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, junio de 2016.
- ARISTOTELES. *Metafísica*. Madrid: Gredos, s.f.

- ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. México: Fontamara, 2012.
- ATIENZA, Manuel. «A las vueltas con la ponderación.» *Anales de la Cátedra del Francisco Suárez* nro. 44 (2010).
- . *Argumentación Legislativa*. Buenos Aires: Astrea, 2019.
- ATIENZA, Manuel. «Argumentación racional y unión civil homosexual.» 2015.
- . *Curso de argumentación jurídica*. Vol. Edición digital. Madrid: Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel. «Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador.» *DOXA* Nro. 29 (2006): 474-475.
- . *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- . *Las Razones del Derecho*. Distrito Federal de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- ATIENZA, Manuel. «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos.» *Isonomía* Nro. 6 (1997): 6-30.
- ATIENZA, Manuel. «Objetivismo moral y derecho.» s.f.
- ATIENZA, Manuel. «Para una teoría de la argumentación jurídica.» *DOXA* 8 (1990): 39-61.
- ATIENZA, Manuel. «Ponderación y sentido común.» 2014.
- ATIENZA, Manuel. «Sobre la única respuesta correcta.» *Jurídicas*, 2009: 13 - 26.
- ATIENZA, Manuel. «Una oportunidad perdida.» 2013.
- ATIENZA, Manuel. «Una visión de la filosofía del derecho.» *UEES*, 2010.
- ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. «Dejemos atrás el positivismo jurídico.» *Isonomía* 27 (2007).
- . *Las piezas del Derecho. teología de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

- BALLESTERO, María Vittoria. «Acciones positivas. Punto y aparte.» *DOXA* 19 (1996): 91-109.
- BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Traducido por Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017.
- BELOFF, Mary. «La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil.» Editado por UBA. *Gioja* Nro. 19 (2015): 56-81.
- BERNAL PULIDO, Carlos. «El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad.» En *Desafío de la ponderación*, de Gustavo BEADE y Laura CLERICO (eds). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2011.
- . *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos. «Estudio introductorio.» En *Teoría de lo derechos fundamentales*, de Robert Alexy. Madrid: CEC, 1993.
- BERNAL PULIDO, Carlos. «La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales.» En *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, de Enrique Cáceres Nieto, 17-18. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2005.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1965.
- BONORINO, Pablo Raúl (coord.). *Teoría del derecho y decisión judicial*. Madrid: Bubok Publishing, s.f.
- BONORINO, Pablo Raúl. «Entimemas probatorios.» *DOXA* 38 (2015): 41 -71.
- BONORINO, Pablo Raúl y PEREZ AYAZO, Jairo Ivan. *Filosofía del Derecho*. 2da Edición ampliada. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006.
- CAPDEVIELLE, Pauline y otros. *Bioética y decisiones judiciales*. Mexico: Instituto de Investigaciones Judiciales - UNAM, 2018.
- CARDENAS GARCIA, Jaime. *La argumentación como derecho*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.

- CARRIO, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- CHAUMET, Mario. *Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo*. Buenos Aires: Astrea, 2017.
- CLERICO, Laura. «“Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”». En *Internacionalización del Derecho Constitucional*, de (Dir.) Capaldo/Sieckmann/Clérico. Buenos Aires: EUDEBA, 2012.
- . *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- CLERICO, Laura. «El caso Atala de la Corte IDH: posibilidades y perspectivas.» *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2012.
- . *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- CLERICO, Laura. «Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad.» *Revista Derecho del Estado*, 2018: 67-96.
- CLERICO, Laura y ALDAO, Martín. «“Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento.» *Revista Estudios Constitucionales* (Facultad de Derecho/Universidad de Talca), Julio 2011.
- CLERICO, Laura y ALDAO, Martín. «La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos.» *Revista Estudios Constitucionales* Año 9 (2011): 157 - 198.
- CLERICO, Laura y ALDAO, Martín. «Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La igualdad como redistribución y como reconocimiento.» *Lecciones y Ensayos* Nro. 89 (2011): 141-179.
- CorteIDH. «Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.» *Derechos de las personas LGTBI*. Vol. Nro. 19. s.f.

- COSTA, Malena. «Introducción al Dossier: Pensando el Derecho en clave pro-femenina.» Editado por UBA. *Gioja* Nro. 19 (2017): 2-11.
- CRENSHAW, Kimberlé. «“Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics.» En *Feminist Legal Theory*, de Katharine y KENNEDY, Rosanne BARTLETT, 81 y ss. San Francisco: Westview Press, 1991.
- DE FAZIO, Federico. «Sobre el concepto de ética judicial.» *Revista Electrónica* (Instituto de Investigaciones Ambrocio L Gioja) 22 (2019): 100-111.
- DEHESA DAVILA, Gerardo y otros. *Introducción a la retórica y a la argumentación*. 6ta. . Ciudad de México: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2010.
- DULITZKY, Ariel. «El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana.» En *Anuario de Derechos Humanos*, de CIDH, 15-45. 2007.
- DWORKIN, Ronald. «Is democracy posible here?» Princeton: Princeton, 2006.
- . *Los derechos en serio*. Editado por 4ta reimpresión 1era. Traducido por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista.» *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011).
- . *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- . *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. «Diritti fondamentali e democrazia, Due obiezioni a Robert Alexy.» *Rivista di filosofia del diritto* Nro. 1 (2015): 27-52.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo; CABALLERO OCHOA, José Luis; STEINER, Chistian. *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. Suprema Corte de la Nación de México, s.f.
- FUENTES PEREZ, Delia Berenice. *Guía de argumentación con perspectiva de derechos humanos*. Mexico: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.

- GIRON, Alicia (Coord). *Género y globalización*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2009.
- GONGORA MERA, Manuel Eduardo. «Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas.» En *Tratado de derecho a la salud*, de Laura Clérico, & Liliana y Aldao, Martín Ronconi. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.
- GRAJALES, Amós Arturo y NEGRI, Nicolás Jorge. *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías*. Barcelona: Marcial Pons, 2018.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 5ta. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Traducido por Manuel Jimenez Redondo. Buenos Aires: Taurus, 1989.
- HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Traducido por Genero R Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Traducido por Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. D.F.: UNAM, 1979.
- LOPEZ RUF, Pablo. En *Argumentación, derechos humanos y justicia*, de Robert Alexy, & Juan Pablo y Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato Alonso. Buenos Aires, 2017.
- LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. «En Torno a la llamada Interpretación Evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo).» Nro. 27 (2013): 173 - 208.
- MAC CORMICK, Neil. «La argumentación silogística. Una defensa matizada.» *DOXA*, 2007: 321-334.
- MAC CORMICK, Neil. «Retórica y Estado de Derecho.» *Isegoría* Nro. 21 (1999): 5-21.

- MAC KINNON, Catherine. «Difference and Dominance: On Sex Discrimination.» En *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*, de Katharine y KENNEDY, Rosanne BARTLETT, 81 y ss. San Francisco: Westview Press, 1991.
- NINO, Carlos S. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- . *Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- NOGUEIRA ALCALA, Humerto. «El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas.» *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 10 (2006): 799-831.
- PASCUAL VIVES, Francisco. «Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos.» *Revista Española de Derecho Internacional* LXVI/2 (julio-diciembre 2014): 113-153.
- PELLETIER QUIÑONES, Paola. «La "discriminación estructural" en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.» *Revista IIDH* 60 (2014): 206-215.
- PERELMAN, Chaim. *Tratado de la argumentación*. Madrid: Gredos, 1989.
- ROMERO MARTINEZ, Juan Manuel. *Argumentación jurídica y sus criterios de evaluación. Nuevas propuestas*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín. «Una oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile.» *Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (Abeledo Perrot), 2011: 262-276.
- RUIZ MANERO, Juan (coord.). *Imperio de la ley y ponderación de principios*. Buenos Aires: Astrea, 2018.
- RUIZ MANERO, Juan. «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, "soluciones en abstracto" y "ponderaciones equitativas".» *DOXA*, 2012: 819-832.

- SABA, Roberto. «(Des)igualdad estructural.» *Revista de Derecho y Humanidades*, 2005: 123 - 145.
- SABA, Roberto. «Desigualdad estructural y acciones afirmativas.» De Augusto y DIAZ, Pamela VARAS, 85-125. Santiago Chile: Romero, 2013.
- SABA, Roberto. *Desigualdad estructural y categorías sospechosas*. Vol. Tomo II, de *Teoría y crítica del derecho constitucional*, de Roberto GARGARELLA. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- SABA, Roberto. *Igualdad, clases y clasificaciones: Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?* Vol. Tomo II, de *Teoría crítica del derecho constitucional*, de Roberto (coord.) Gargarella, 702-708. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.
- . *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- . *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*. Mexico DF: Programa de Equidad de Género en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- SAGÜES, Néstor. «Del juez legal al juez constitucional.» *Anuario iberoamericano de justicia constitucional* 4 (2000): 337-346.
- SALDIVIA, Laura. «Categorías sospechosas, flexibles y contextualizadas.» En *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, de Roberto (coordinador) Gargarella. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- SAMAMÉ, Luciana. «Falacias anti-feministas.» *Feminismo/s* 34 (2019): 317/338.
- SOTOMAYOR TRELLES, José Enrique. «El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativo.» *Revista Derecho y Sociedad* Nro. 48 (2016): 66-77.
- TOULMIN, Stephen Edelson. *Los usos de la argumentación*. Traducido por María y Pineda, Victoria Morrás. Barcelona: Península, 2007.
- VEGA REÑON, Luis. «Entimemas.» *DOXA* Nro. 27 (2004): 283-315.

- VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. Traducido por L. Díez Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1963.
- VIGO, Rodolfo Luis. «Ética judicial e interpretación judicial.» *DOXA* 29 (2006): 273 - 294.
- . *Ética y Responsabilidad Judicial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- . *Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2015.
- . *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*. Distrito Federal de México: Porrúa, 2016.
- . *La Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Instituto de la Judicatura Federal, 2017.
- . *Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- VIGO, Rodolfo Luis. «Presente de los derechos humanos y algunos desafíos (con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994.» *El Derecho* Tomo 180 (s.f.).
- . *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

ANEXO

FALLO DE LA SALA CUARTA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE RECURSO DE QUEJA

Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil cuatro. -

VISTOS Y TENIENDO UNICAMENTE PRESENTE:

PRIMERO. - Que don Jaime López Allende ha recurrido de queja en contra de los Ministros y la Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Temuco don Fernando Carreño Ortega, don Héctor Toro Carrasco y doña Tatiana Román Beltramin, por estimar que procediendo arbitraria e injustamente y actuando contra derecho, confirmaron la sentencia de primera instancia que otorgó la tuición de sus hijas Matilde, Victoria y Regina a su madre doña Jacqueline Karen Atala Riffo;

SEGUNDO.- Que en el escrito respectivo se imputan a los magistrados recurridos las siguientes faltas o abusos graves, que fundamentan el recurso: a) Haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas; b) Haber faltado a su deber legal de proteger la vulnerabilidad de las menores, contrariando lo ordenado en normas constitucionales y legales relativas a la materia; c) Haber transgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia;

TERCERO.- Que la resolución objetada por el recurso se dictó en los autos sobre tuición definitiva de las menores antes individualizadas, hijas matrimoniales del demandante don Jaime López Allende y de la demandada doña Jacqueline Karen Atala Riffo;

CUARTO.- Que del examen de los antecedentes reunidos en dichos autos, que se tuvieron a la vista, es posible tener por acreditados los hechos que se reseñan a continuación: 1° Que el demandante y la demandada contrajeron matrimonio el día 29 de marzo de 1993 y sus hijas nacieron en agosto de 1994, enero de 1998 y diciembre de 1999, de modo que en la actualidad cuentan con diez, seis y cuatro años, respectivamente; 2° Que la vida conyugal y familiar de matrimonio se alteró por problemas de convivencia que condujeron a la separación de hecho de los cónyuges en febrero del año 2002, quedando de común acuerdo a cargo de la madre la tuición y cuidado personal de las menores; 3° Que, con posterioridad, doña Jacqueline Karen Atala Riffo,

asumiendo explícitamente su condición homosexual, llevó a vivir con sus hijas a una pareja de sexo femenino;

QUINTO.- Que, en las circunstancias descritas, el padre de las menores dedujo su demanda dirigida a obtener la tuición de sus hijas, sobre la base de argumentar que la decisión adoptada por la madre siguiendo su tendencia homosexual, provoca daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social de las tres menores; que el interés de sus hijas hace necesario precaver las consecuencias perniciosas que les provocará criarse bajo el cuidado de una pareja homosexual y que, en cambio, la vida junto al actor, les brindará un ambiente en el que psicológica y emocionalmente tendrán mayores seguridades en su desarrollo personal;

SEXTO. - Que para resolver sobre el recurso de queja entablado en contra de los jueces que se pronunciaron en segundo grado sobre la tuición de las menores antes individualizadas, es preciso tener en cuenta que las normas que rigen la materia se contienen básicamente en el Título IX de Libro I del Código Civil y han sido aplicadas en la sentencia que motiva el presente recurso disciplinario;

SEPTIMO.- Que entre esas disposiciones, que tratan “De los Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos”, los incisos primeros de los artículos 224 y 225 versan sobre el “cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”, el que radican de consuno en los dos padres o únicamente en la madre, si ellos viven separados, estableciendo en ambos casos lo que se denomina un derecho-deber para los progenitores, tal como lo reconoce expresamente el artículo 236 del mismo Título al referirse a la educación de los hijos;

OCTAVO.- Que, en efecto, la tuición que ellos pueden ejercer en conjunto o únicamente la madre, en caso de separación, no sólo importa el ejercicio de facultades, como las señaladas en el artículo 234 del mismo Código Civil o la de “escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”, que contempla el inciso cuarto del N°11° del artículo 19 de la Constitución Política, sino especialmente obligaciones y responsabilidades para quienes tienen a su cargo el cuidado personal de los hijos;

NOVENO.- Que el ejercicio de las potestades y la ejecución de los deberes que comprende la tuición debe llevarse a cabo en el marco del principio básico que orienta en la materia el ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso segundo del artículo 222 del mismo Código Civil al declarar que “la preocupación fundamental de los padres es el

interés superior del hijo..." y al que responden igualmente las disposiciones de los párrafos primeros de los artículos 3° y 9° de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño" ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres;

DECIMO. - Que los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador al establecer, en el inciso segundo del artículo 242 del Código citado, que "en todo caso, para adoptar sus resoluciones, el juez, atenderá como consideración primordial, el interés superior del hijo...";

UNDECIMO. - Que la mencionada regla del inciso primero del artículo 225 del Código Civil, que previene que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos toca a la madre, no es una norma absoluta y definitiva. El inciso segundo del mismo artículo prescribe que, "no obstante, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre" y su inciso tercero dispone que "en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal a otro de los padres...";

DUODECIMO. - Que, en consecuencia, el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo;

DECIMO TERCERO. - Que la situación planteada en los autos en que se ha entablado el presente recurso de queja revela que los jueces recurridos no consideraron debidamente los efectos que ella puede acarrear en el cabal resguardo de los intereses de las hijas y cometieron falta o abuso grave tanto al aplicar las normas legales que rigen la materia, como al apreciar los antecedentes de la causa en que pronunciaron la sentencia que ha originado el recurso;

DECIMO CUARTO.- Que, en ese sentido, cabe anotar que en el campo de los asuntos de familia o que afectan a menores, las decisiones que la ley comete al tribunal también son y deben

ser de resorte y responsabilidad propia e indelegable de los jueces respectivos, de suerte que los informes o dictámenes de psicólogos o asistentes sociales u otros profesionales que se alleguen por las partes a la causa o que ordene el tribunal, son sólo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces, al ponderar en su conjunto los medios de prueba;

DECIMO QUINTO. - Que en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro. Por su parte, el testimonio de personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja;

DECIMO SEXTO.- Que, en el mismo orden de consideraciones, 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 derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello 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 separadamente del padre de éstas;

DECIMO SEPTIMO. - Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirseles 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;

DECIMO OCTAVO. - Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal;

DECIMO NOVENO.- Que las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia;

VIGESIMO. - Que al no haberlo estimado así los jueces recurridos, por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, han incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja; y

EN CONFORMIDAD, además, con lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, SE ACOGE el recurso de queja deducido a fojas 24 y, por ello, SE INVALIDAN, tanto la sentencia de treinta de marzo de dos mil cuatro, escrita a fojas 768, como el fallo de primer grado de fecha veintinueve de octubre de dos mil tres, que se lee a fojas 659 y SE DECLARA que se concede a don JAIME LOPEZ ALLENDE la tuición de sus hijas menores Matilde, Victoria y Regina López Atala, haciéndose lugar a la demanda de lo principal de fojas 18.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores José Benquis C. y Orlando Álvarez H., quienes estuvieron por rechazar el recurso de queja de que trata, en virtud de las reflexiones que siguen:

1º) Que este Tribunal debe decidir el recurso de queja interpuesto por don Jaime López Allende en contra de los Jueces de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Temuco, por

haber confirmado la sentencia de primer grado que otorgó a la madre la tuición de sus tres hijas menores de edad.

2º) Que antes que nada se hace indispensable precisar que el recurso sublite no es un recurso procesal que habilite a este Tribunal para resolver todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes en el pleito. Es plenamente sabido, ya que así lo dispone el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, que el recurso de queja es un recurso disciplinario, cuya exclusiva finalidad es la corrección de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de una resolución jurisdiccional, a través, a) de la invalidación de ella y b) de la aplicación de medidas disciplinarias a los jueces que incurrieron en la grave falta o abuso contenida en la resolución anulada.

3º) Que, entonces, y descartando por imperativo legal que el recurso de queja pueda significar en esta Corte Suprema la apertura de una tercera instancia –que nuestro sistema procesal no acepta- o que fuese un medio apto para imponer opiniones o interpretaciones discutibles, corresponde examinar si los jueces impugnados han incurrido en alguna falta o abuso grave al entregar a su madre, doña Jacqueline Karen Atala Riffo el cuidado de sus tres hijas menores, Matilde, Victoria y Regina López Atala, de 10, 8 y 4 años.

4º) Que la materia en cuestión se encuentra regida por el artículo 225 del Código Civil que en lo pertinente dispone: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”.

“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de sus padres.” Como se advierte, el legislador hizo primar por sobre las pretensiones de los padres el interés superior del niño, dando de esta forma aplicación a la Convención sobre los Derechos del Niño. En cuanto a la redacción que los legisladores dieron al artículo 225 aludido, la doctrina ha interpretado que al establecer una preferencia legal respecto de la madre en la tuición de sus hijos menores no se ha hecho otra cosa que hacer primar el principio del interés superior del niño por sobre el principio de igualdad (Claudia Schmidt, “Relaciones filiales personales y patrimoniales”; Claudia Schmidt y Paulina Veloso, “La filiación en el nuevo derecho de familia”, Conosur,2001).

5º) Que, para una más acabada interpretación de la normativa, si se recurre a la historia fidedigna de la ley que modificó en el Código Civil el estatuto de la filiación, se advierte que primó

en los legisladores la idea de privilegiar, cuando los padres estuvieren separados, la opción de la madre en el cuidado de los hijos menores, por estimar que ello constituye un hecho natural. En efecto, de acuerdo con lo que aparece en las actas respectivas de la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, “la mayoría de la Comisión integrada por los HH Senadores Sres. Fernández, Larraín y Otero- estimó que, en principio, el cuidado personal de los hijos pertenece naturalmente a la madre, por ser más idónea, y las indicaciones sólo consagran esa realidad al darle el carácter de regla general”. La minoría –los HH Senadores Sres. Hamilton y Sule- hizo presente que, aunque mantenía sus prevenciones, como creía que, en esta materia, por ser tan delicada, era conveniente que la Comisión tuviere un criterio unánime, se sumaría a la idea de establecer que, si los padres viven separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos. Ello motivó que la citada indicación fuera aprobada por unanimidad en la Comisión.

En el Informe emanado de la Comisión aparece que “La radicación legal del cuidado de los hijos... evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos” (Anexo Documentos, sesión 12).

6º) Que, como ya se vió, esta regla general admite modificaciones “cuando el interés del niño lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada”, en cuyo caso el juez podrá (no es imperativo) entregar su cuidado personal al otro de los padres. Por consiguiente, el juez no puede variar la norma general de la radicación del cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un “indispensable” interés del niño.

7º) Que no aparecen de los autos tenidos a la vista que existan antecedentes de los que pudiera especularse que la madre (de profesión Abogado y que se desempeña como Jueza) hubiese maltratado o descuidado a sus hijas. Ya se mencionó que puede originar la alteración de la citada regla general la existencia de una “causa justificada”. Lo cual lleva a asentar que la calificación de la justificación no puede estar regida por el mero capricho o arbitrio del juez. El padre de las menores imputa a la madre una supuesta inhabilidad moral para ejercer el cuidado de sus hijas porque ésta, luego de la ruptura matrimonial, manifestó una opción homosexual y se encuentra conviviendo con una pareja femenina.

8°) Que para armonizar las diferentes disposiciones legales aplicables en la especie e interpretar debidamente a qué tipo de causa se refiere el ya referido artículo 225, conviene examinar el artículo siguiente (art. 226, inc.1°), el cual previene que “podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.”

El concepto de inhabilidad física o moral se encuentra expresamente definido en el artículo 42 de la Ley de Menores, que señala : “Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1°) cuando estuvieren incapacitados legalmente; 2°) cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3°) cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4°) cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad...; 5°) cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6°) cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7°) cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”.

9°) Que, al respecto, en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que, desde una perspectiva psicológica o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. De ello puede desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad para ejercer como Jueza, cargo para en cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad.

En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad –como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas- involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria.

10°) Que, en síntesis, de lo reflexionado –a lo que cabe añadir que en este tipo de materias los jueces tienen la facultad de apreciar la prueba en conciencia- corresponde concluir que, en opinión de estos disidentes, los Jueces recurridos al dictar sentencia confirmando el fallo de primera instancia que entregaba la tuición de sus hijas a la madre, no sólo no han cometido ninguna

falta o abuso grave, que los haga merecedores de ser castigados disciplinariamente, sino que por el contrario han dado correcta aplicación a la normativa vigente.

Pasen estos antecedentes al Tribunal Pleno, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese, agréguese copia autorizada de esta resolución a los autos originales tenidos a la vista, los que serán devueltos en su oportunidad, hecho, archívese. N.º 1.193-03.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores José Benquis C., José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Medina C. Santiago, 31 de Mayo de 2004.

Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos Meneses Pizarro.