

PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL: ALCANCES Y DESAFÍOS DE UN ESTÁNDAR INTERAMERICANO SURGIDO DEL DIÁLOGO CON EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS



Juana María Ibáñez Rivas

Máster en Derechos Humanos por la Universidad París X (Nanterre La Défense); Consultora especialista en temas de derechos humanos y derecho internacional humanitario; Investigadora del *Groupe d'études en droit international et latino-américain de La Sorbonne* (GEDILAS-IREDIÉS), Universidad París I (Panthéon-Sorbonne).

Desde sus primeras sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte Interamericana o Corte) ha puesto en práctica un diálogo con otros sistemas de protección de derechos humanos (universal¹, europeo² y africano³), remitiéndose a sus tratados y a su jurisprudencia. Dicho diálogo ha demostrado, *inter alia*, la vocación de la Corte interamericana por encontrar referencias más allá del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante: sistema interamericano) que le permitan asegurar una mayor protección de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: Convención Americana, Convención o CADH). En ese contexto, la primera –y hasta el momento única– sentencia de la Corte interamericana relativa a la proscripción de la discriminación basada en la orientación sexual, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, demuestra haber sido fuertemente influenciada por dicha dinámica de diálogo.

Fue en el año 2010 que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión Interamericana o CIDH) remitió a la Corte Interamericana dicho primer caso sobre una alegada discriminación basada en la orientación sexual⁴. En febrero de 2012, la Corte emitió la sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas en el caso respectivo⁵ y, posteriormente, en noviembre de 2012, la sentencia de interpretación del fallo⁶. Un año después, en noviembre de 2013, la Corte emitió la primera –y hasta ahora única– resolución de supervisión de cumplimiento de la referida sentencia de fondo, reparaciones y costas⁷.

Los hechos del caso se relacionan con el proceso de custodia que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R⁸. en contra de la madre, la señora Karen

Atala Riffo, por considerar que la orientación sexual de ésta y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. En ese sentido, la Corte tuvo que pronunciarse sobre, *inter alia*, 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 Riffo debido a su orientación sexual en los procesos judiciales que resultaron en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas⁹.

Sin jurisprudencia previa sobre la materia, los hechos del caso representaron todo un desafío para la Corte interamericana. El impacto ante los usuarios del sistema interamericano no se hizo esperar y, conforme consta en la sentencia, fueron remitidos a la Corte 32 escritos en calidad de *amicus curiae* para colaborar en la tarea de resolución del caso¹⁰. Asimismo, la Corte admitió los peritajes propuestos por las partes sobre el tema específico de la discriminación basada en la orientación sexual, sea para su presentación por *affidávit* o en audiencia pública¹¹. Y, adicionalmente, en el marco del diálogo judicial, la Corte se remitió al Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante: sistema europeo), concretamente, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante: Tribunal Europeo o TEDH) respecto al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante: Convenio Europeo).

Así, el presente artículo analizará los alcances del estándar interamericano que prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual (I) y los desafíos que éste representa (II), desde el diálogo entre la Corte interamericana y el Tribunal europeo, diálogo que impregna toda la sentencia *Atala Riffo y Niñas* en materia de derechos de las

personas lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersex (en adelante, personas LGTBI).

I. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y LOS ALCANCES DEL ESTÁNDAR INTERAMERICANO QUE PROHÍBE LA DISCRIMINACIÓN BASADA EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL

La jurisprudencia del Tribunal europeo referida a las personas LGTBI comenzó a gestarse desde el año 1981 en el caso *Dudgeon Vs. Reino Unido*¹², pero sin ser siempre favorable al reconocimiento de los derechos humanos de aquéllas. Incluso es posible afirmar que entre 1955 -fecha en la que el sistema europeo recibió la primera petición en materia de homosexualidad- y hasta 1981 -fecha en que se emitió la sentencia en el ya citado caso *Dudgeon*-, la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos se oponía a admitir peticiones de personas homosexuales que alegaban una violación al Convenio Europeo ante disposiciones de derecho interno que criminalizaban la homosexualidad¹³. Pero al momento que el caso *Atala Riffo y Niñas* fue sometido a la competencia contenciosa de la Corte interamericana, el Tribunal europeo ya había desarrollado importante jurisprudencia en la materia. En consecuencia, la Corte interamericana se remitió a la jurisprudencia del TEDH como fuente principal de referencia para analizar las alegadas violaciones de derechos humanos desde el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley (A), y en relación al interés superior del niño alegado por el Estado como justificación de los actos en perjuicio de la señora Atala Riffo (B).

A. Derechos a la vida privada y familiar, y a la protección de la familia interpretados desde el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley

La Corte interamericana comenzó el análisis del caso sobre la base del principio de no discriminación regulado en el artículo 1.1 de la Convención Americana y del derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 24 de la CADH (1). A la luz de dicho análisis, se pronunció, *inter alia*, sobre la alegada violación de los derechos a la vida privada y familiar (artículo 11 de la CADH) y a la protección de la familia (artículo 17 de la CADH) (2).

1. Principio de no discriminación y derecho a la igualdad ante la ley

La Corte comenzó su razonamiento sobre la base del artículo 1.1 de la CADH, piedra angular del sistema interamericano que se refiere a las obligaciones generales del Estado de respeto y garantía de los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado, “*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*”. A partir de una interpretación evolutiva -concepto apropiado de la jurisprudencia del TEDH¹⁴- la Corte interamericana reiteró su jurisprudencia según la cual, al interpretar la expresión “*cualquier otra condición social*” debe elegirse siempre la alternativa más favorable para la tutela de los derechos, añadiendo que dicho término deja abierta la posibilidad de incorporar otras categorías no explícitamente indicadas, en la medida que los criterios prohibidos de discriminación del artículo 1.1 no constituyen una lista taxativa¹⁵.

En esa línea, la Corte interamericana se remitió, *inter alia*, a los casos del Tribunal europeo *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal* y *Clift Vs. Reino Unido*¹⁶, según los cuales la orientación sexual es otra de las condiciones prohibidas de discriminación mencionadas en el artículo 14 del Convenio Europeo (Prohibición de discriminación)¹⁷ frente a características consideradas innatas o inherentes a la persona¹⁸. De esta manera, la Corte dejó establecido que “*la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención*”. Y por tanto, según la Corte, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual¹⁹.

Dicho esto, y analizando específicamente el proceso de custodia ante la Corte Suprema de Chile, la Corte interamericana, citando también al TEDH en los casos *Salgueiro da Silva Mouta* y *E.B Vs. Francia*, resaltó que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “*fundamental y únicamente*” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que se tuvo en cuenta “*hasta cierto grado*”, de manera explícita o implícita²⁰. Por ello, al analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales chilenas, sus conductas, el lenguaje

utilizado y el contexto en que se produjeron las decisiones, la Corte concluyó, en la misma línea del TEDH en el caso *Salgueiro da Silva Mouta*, que los procesos giraron, además de otras consideraciones, en torno a la orientación sexual de la señora Atala, determinando una diferencia de trato²¹. Sin embargo, para establecer si dicha diferencia de trato constituía discriminación, la Corte debía analizar la justificación del Estado para efectuarla, esto es, la alegada protección del interés superior del niño y los presuntos daños que las niñas habrían sufrido como consecuencia de la orientación sexual de la madre²². Para la Corte, si bien tal justificación respondía a un fin legítimo, en el caso no constituyó una medida adecuada y proporcionada para cumplir tal fin (*infra* I.B).

2. Prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y en la de la familia y su relación con el principio de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad

En cuanto al derecho a la vida privada y familiar (artículo 11.2 de la Convención), la Corte se remitió nuevamente al Tribunal europeo en los casos *Dudgeon, X y Y Vs. Países Bajos, Niemietz Vs. Alemania y Peck Vs. Reino Unido*, para reforzar la jurisprudencia según la cual la vida privada es un concepto amplio que comprende, entre otros ámbitos protegidos, “la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”. Es decir, que la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás²³. Si bien dicho derecho no es absoluto, prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva. En todo caso, de acuerdo con la Corte, cualquier injerencia en la misma debe cumplir los requisitos de “idoneidad, necesidad y proporcionalidad”²⁴.

De esta manera, en la medida que los tribunales chilenos tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la señora Atala al momento de decidir sobre la custodia de sus hijas, la Corte consideró que se expusieron diversos aspectos de su vida privada a lo largo del proceso. La Corte observó que la razón esgrimida por dichos tribunales para interferir en la esfera de la vida privada de la señora Atala fue la misma utilizada para el trato discriminatorio, es decir, la protección de un alegado interés superior de las tres niñas. En ese sentido consideró que, si bien dicho principio se relaciona *in abstracto*

con un fin legítimo, la medida era inadecuada y desproporcionada para cumplir ese fin²⁵ (*infra* I.B).

A mayor abundamiento, la Corte resaltó que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a la protección de la familia (artículo 17.1), según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En ese sentido, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación a dicho derecho²⁶. A partir de ello, y en remisión a la jurisprudencia del TEDH en los casos *Buchberger Vs. Austria, K. y T. Vs. Finlandia, Elsholz Vs. Alemania, Bronda Vs. Italia, Johansen Vs. Noruega, Olsson Vs. Suecia*, la Corte remarcó que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia, y que el Convenio Europeo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar²⁷.

Así, entre la jurisprudencia del Tribunal europeo, la Corte destacó la interpretación amplia del concepto de familia y vida familiar. Respecto al concepto de familia, remarcó entonces que ésta “abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”. Además, insistió en que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota²⁸. En cuanto al concepto de “vida familiar”, señaló que al decidir si una relación puede considerarse como tal, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios²⁹.

Por tanto, a partir del diálogo judicial con el TEDH, para la Corte interamericana era claro que, en el caso, se había constituido un núcleo familiar que estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, “pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas”³⁰. De esta manera, la decisión inidónea de las autoridades chilenas supuestamente para proteger el interés superior del niño propiciando la separación de la familia

constituía, además, una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar³¹.

B. Niñas bajo la custodia de una madre homosexual: el interés superior del niño puesto en conflicto frente al principio de no discriminación y la igualdad ante la ley

La Corte interamericana constató que en casos de cuidado y custodia de menores de edad, la determinación del interés superior del niño, en tanto que fin legítimo en abstracto, debe probarse “a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, [de] los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”. Por tanto, la Corte afirmó que no son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres -como la orientación sexual-, o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia³².

Así, siguiendo a la sentencia del TEDH en el caso *Palau-Martínez Vs. Francia*, la Corte consideró que la sola referencia al interés superior del niño sin probar, en el caso concreto, los riesgos o daños que podría 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”³³. A partir de ello, la Corte analizó los cuatro fundamentos principales utilizados por la Corte Suprema de Chile alegando la protección del interés superior de las niñas.

Sobre *la discriminación social que habrían sufrido las niñas*³⁴, la Corte interamericana consideró que “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”. Citando al TEDH en el caso *Hoffman Vs. Austria*, la Corte remarcó la importancia de que el Derecho y los Estados ayuden al avance social, “de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”³⁵. De acuerdo con la Corte, si los jueces que analizan casos como el de la señora Atala constatan la existencia de discriminación social, es totalmente inadmisibles

legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad.

Respecto a *la confusión de roles que habrían presentando las niñas*³⁶, en referencia a la jurisprudencia del TEDH en los casos *Karner Vs. Austria* y *Kozak Vs. Polonia*, la Corte interamericana señaló que en casos como el de la señora Atala y sus hijas se invierte la carga de la prueba, y es el Estado el que, mediante una fundamentación rigurosa y de peso, debe demostrar que la restricción a un derecho no tiene propósito ni efecto discriminatorio (test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico)³⁷. En caso contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en la pre-concepción, no sustentada, “de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales”. Entre otros, en referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo en los casos *M. y C. Vs. Rumanía* y *Palau-Martínez*³⁸, la Corte confirmó “la necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados”, como el de las personas homosexuales.

En cuanto a *la prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus hijas*³⁹, la Corte interamericana recaló que la orientación sexual también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Así, siguiendo al TEDH en el caso *Clift*, la Corte concluyó que “si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona⁴⁰, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia”.

En lo concerniente al *derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia “normal y tradicional” con un padre y una madre*⁴¹, la Corte interamericana constató 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. Ante ello, reiteró 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 matrimonio⁴². Nuevamente, citando al caso *Salgueiro da Silva Mouta*, la Corte recordó que el TEDH 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 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)⁴³.

Por todo lo anterior, la Corte concluyó que si bien la sentencia de la Corte Suprema de Chile y la decisión sobre la custodia pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin y, por el contrario, dichas decisiones utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios en contra de la señora Atala.

Por tanto, como resultado del diálogo judicial entre la Corte interamericana y el Tribunal europeo, el aporte del caso *Atala Riffo y Niñas* a la jurisprudencia del sistema interamericano resulta indiscutible. Indiscutibles serán también los retos que genera dicha jurisprudencia para Chile, los Estados parte de la Convención Americana y el sistema interamericano como tal.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y LOS DESAFÍOS DEL ESTÁNDAR INTERAMERICANO QUE PROSCIBE LA DISCRIMINACIÓN BASADA EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL

Pese a que la sentencia *Atala Riffo y Niñas* representa todo un avance jurisprudencial, los cuestionamientos a la misma surgieron desde un primer momento, en el propio seno de la Corte, a través de los votos en contra de tres de sus jueces a propósito de la declaración de violación del derecho a la protección de la familia (A). De esta manera, el reto del cumplimiento de lo declarado y ordenado en la sentencia constituye un elemento adicional a valorar como desafío del respeto y garantía de los derechos de las personas LGTBI en el sistema interamericano (B).

A. El derecho a la protección de la familia puesto en cuestión: una mirada crítica desde los votos en contra de la declaración de su violación

Los jueces Manuel Ventura Robles, Leonardo Franco y Alberto Pérez Pérez votaron en contra del punto resolutivo 4 de la sentencia, en el que se declaró la responsabilidad internacional del

Estado por la violación de los derechos a la vida privada y familiar (artículo 11.2 de la CADH) y a la protección de la familia (artículo 17.1 de la CADH). El juez Pérez Pérez fue el único de entre ellos que acompañó la sentencia con la redacción de su voto parcialmente disidente⁴⁴, sobre la base esencial de dos puntos de argumentación: la innecesaria declaración de violación conjunta de los derechos a la vida privada y familiar y a la protección de la familia (1), y la necesidad de resolver una alegada violación al derecho a la protección de la familia sobre la base del denominado “margen de apreciación” estatal (2).

1. Sobre la innecesaria declaración de violación conjunta de los artículos 11.2 y 17.1 de la CADH

El voto disidente consideró que era “suficiente” declarar una violación del artículo 11.2 de la Convención Americana -que prohíbe las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y de la familia-, y que, por el contrario, “no e(r)a necesario ni prudente” declarar una violación conjunta del artículo 17.1 -que protege a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad-, ya que ello podría tomarse “como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones” de este último artículo.

Al respecto, el juez hizo notar que la Convención Americana contempla derechos relacionados con la familia en los artículos 11.2 y 17, e importantes referencias a la familia en los artículos 19 (Derechos del Niño), 27.2 (Suspensión de Garantías) y 32.1 (Correlación entre Deberes y Derechos), mientras que el Convenio Europeo contiene sólo dos disposiciones atinentes a este ámbito, esto es, el artículo 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar) y el artículo 12 (Derecho a contraer matrimonio). Por ello, a criterio del juez, la jurisprudencia del TEDH citada en la sentencia *Atala Riffo y Niñas* se refiere a las disposiciones del Convenio Europeo correlativas a los artículos 11.2 y 17.2 de la CADH -éste último sobre el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia-, al no existir en el instrumento europeo disposiciones referidas a los temas previstos en los párrafos 1, 3, 4 y 5 del artículo 17 de la Convención Americana⁴⁵.

Las sentencias del TEDH citadas por la Corte interamericana en el fallo suponen una selección de aquéllas orientadas a una interpretación favorable de los derechos humanos de las personas homosexuales. En el caso, dicha jurisprudencia

comprende una diversidad de supuestos de hecho, *inter alia*, la criminalización de la homosexualidad (*Dudgeon*); la relación conyugal de las parejas homosexuales (*Schalk y Kopf Vs. Austria, Parry Vs. Reino Unido*); la no discriminación a personas homosexuales vinculada con prerrogativas conyugales determinadas (*Karner, Kozak, P.B. y J.S. Vs. Austria*); la creación de una relación parental *ex nihilo* (*E.B.*) o la relación parental pre-existente (*Salgueiro da Silva Mouta*).

El voto disidente reconoce la gran importancia de la jurisprudencia del Tribunal europeo, no sólo por “la jerarquía” de éste sino también por “la similitud entre sus funciones y las de la Corte Interamericana”. Remarca, sin embargo, que “las extensas citas de sentencias del TEDH” en el caso “no significan que la Corte Interamericana deba tomarlas como precedentes obligatorios”. El voto cuestiona entonces la declaración de violación del derecho a la protección de la familia basándose en dos de las sentencias del TEDH citadas por la Corte Interamericana en el fallo: *X, Y y Z Vs. Reino Unido* (1997) y *Schalk y Kopf* (2010).

Conforme lo señala el voto disidente, en el caso *X, Y y Z*, el TEDH no consideró violatoria del derecho a la vida familiar la negativa de las autoridades estatales a registrar a un transexual masculino (X) como padre del hijo (Z) de su pareja femenina (Y) concebido mediante inseminación artificial anónima, negando así el reconocimiento de derechos parentales. Sin embargo, el juez Pérez Pérez no parece valorar en su análisis que, en dicho caso, la declaración de no violación del artículo 8 del Convenio Europeo no fue pacífica, al ser el resultado de 14 votos a favor y 6 en contra en el seno de la Gran Sala del Tribunal europeo. En efecto, en la sentencia del TEDH el juez J. Casadevall –a cuyo voto parcialmente disidente se unieron los jueces C. Russo y J. Makarczyk– consideró que el Estado debió adoptar todas las medidas necesarias para permitir a los demandantes desarrollar una vida familiar normal sin discriminación. Por su parte, en sus votos disidentes, los jueces Thór Vilhjálmsson y I. Fojghel indicaron que X había sido discriminado en relación con un hombre biológico, al que no se le habría negado el registro del menor. Y finalmente, también en su voto disidente, el juez D. Gotchev criticó que no se haya prestado suficiente atención al bienestar del menor, criterio que, a su juicio, debió prevalecer sobre cualquier otra consideración. A mayor abundamiento, el voto del juez Pérez Pérez no destacó suficientemente los alcances de la sentencia en el caso *Schlak y Kopf* de 2010, fallo que, tras la constatación de la evolución de las

actitudes sociales hacia las parejas homosexuales, supuso el cambio de criterio del TEDH en materia de derecho a la vida familiar de las personas gays y lesbianas⁴⁶.

Además, conforme lo resaltó la Corte interamericana en el caso, a diferencia del Convenio Europeo, los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana protegen la vida familiar de manera complementaria, de modo que “la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada”, sino también, “por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar”⁴⁷. En todo caso, si bien la Convención Europea contiene la protección a los derechos a la vida privada y familiar en un solo artículo (artículo 8), la línea jurisprudencial del TEDH deja en evidencia que la protección particular de la vida familiar tiene un valor y consecuencias específicas en el marco de la prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual⁴⁸.

Adicionalmente, de acuerdo a lo declarado por el Tribunal europeo en el caso *Keegan Vs. Irlanda*, desde el momento y por el sólo hecho del nacimiento, existe un vínculo entre el niño y sus padres constitutivo de “vida familiar”, de manera que en el caso *Atala Riffo y Niñas* era imperativo valorar como presupuesto la existencia de una familia⁴⁹. Por ello, es posible afirmar que había incluso un motivo de fuerza para respaldar la declaración de la violación del derecho a la protección de la familia ya que la aproximación a dicho derecho deriva de la existencia de una madre que –con independencia de su orientación sexual– tenía un vínculo parental pre-existente con sus hijas.

Sin perjuicio de lo expuesto, y siguiendo al juez Jean-Paul Costa, consideramos indispensable remarcar la relevancia jurídica de los votos en contra de los tres jueces citados y, en concreto, del voto parcialmente disidente del juez Pérez Pérez. Como lo señala el juez Costa, un serio inconveniente de los votos disidentes radica en la posibilidad de que las partes y el mundo exterior tengan la impresión de que la jurisprudencia afirmada por una estrecha mayoría pueda ser puesta en cuestión rápidamente, restando incentivos para que el Estado declarado internacionalmente responsable cumpla en un corto plazo lo ordenado por la corte internacional concernida. Sin embargo, dichos votos ofrecen la ventaja de permitir el análisis del caso desde otra perspectiva, permitiendo aclarar o enriquecer el debate, particularmente interesante frente a problemas jurídicos difíciles o nuevos⁵⁰, como

el de la discriminación basada en la orientación sexual en el sistema interamericano.

2. ¿Margen de apreciación estatal o consenso interamericano?: el debate sobre la aplicación del concepto de familia en los casos de personas LGTBI

El voto disidente del juez Pérez Pérez señaló que además de la declaración de principio del artículo 17.1 según la cual “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad” que “debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, las varias disposiciones contempladas en los incisos siguientes de la citada norma podrían interpretarse en el sentido de que presuponen que la familia se basa en el matrimonio o la unión de hecho heterosexual. Pese a indicar que no haría un pronunciamiento expreso sobre ese aspecto, el juez Pérez Pérez continuó su argumentación basándose en la posible interpretación a nivel interamericano de un concepto tradicional de familia, citando para ello textos constitucionales de ciertos Estados latinoamericanos⁵¹.

Así, si bien el juez manifestó estar de acuerdo con la interpretación evolutiva de la Convención Americana, a su criterio, dicha interpretación debe darse siempre que exista un consenso o una convergencia de estándares entre los Estados parte de la Convención. Conforme al voto disidente, dicho consenso es claro en lo que concierne a la prohibición de la discriminación fundada en la orientación sexual, mas no en relación con la evolución de la noción de familia y su calidad de base o elemento esencial o natural de la sociedad.

Según el juez Pérez Pérez, el hecho incontrovertible de que actualmente exista una pluralidad de conceptos de familia, no quiere decir que necesariamente todos y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la Convención Americana, incluso interpretada evolutivamente, entiende por familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, o a lo que los Estados parte que tienen disposiciones análogas entienden por tal. No obstante ello afirmó, citando la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos de la ONU⁵², que tal situación no quiere decir que todos los Estados parte deban reconocer todos los conceptos o modelos de familia. Por ello, aplicando un concepto propio de la jurisprudencia del TEDH⁵³, el juez Pérez Pérez afirmó que la noción de familia es “una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un *margen de apreciación nacional*, para lo cual habrá que hacer una indagación” que reiteró, no

correspondía llevar a cabo en el caso. En palabras del juez, dicha indagación debía hacerse “cuando el punto sea objeto de un caso planteado ante [la] Corte y se escuchen los argumentos que al respecto formulen las partes y eventualmente los *amici curiae* que se presenten”⁵⁴.

Sobre el particular, es preciso remarcar que el tema fue objeto del caso planteado, ya que en la demanda presentada ante la Corte, la Comisión interamericana alegó expresamente la violación del derecho a la protección de la familia (artículos 17.1 y 17.4 de la CADH). De esta manera, aún en el supuesto de que la Corte hubiese considerado que no se configuró una violación a dicho derecho en el caso, habría tenido que fundamentar su decisión a la luz del artículo 17 de la Convención Americana.

Por otro lado, frente a la supuesta inexistencia de un “consenso interamericano” sobre la noción de familia entre las personas homosexuales que justificaría una deferencia a los Estados en su regulación y práctica, cabe destacar que el “margen de apreciación” sobre el cual el voto deja reposar una potencial decisión estatal sobre la materia es un concepto del cual la Corte interamericana todavía no se ha apropiado⁵⁵. A mayor abundamiento, corresponde remitirnos, *mutatis mutandis*, a lo expuesto por la Corte interamericana a propósito de la falta de “consenso interamericano” sobre la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, alegada en su momento por la Corte Suprema de Chile en el caso. En efecto, la Corte señaló que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”. De acuerdo con la Corte, el hecho de que un asunto de derechos humanos pueda ser materia de controversia en algunos sectores y países, no puede conducir a que se abstenga de decidir, ya que al hacerlo la Corte va a remitirse “única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”⁵⁶.

En todo caso, debe recordarse que cuando la interpretación evolutiva de la CADH ha invitado a hacer un estudio de derecho comparado frente a temas nuevos, particularmente sensibles o complejos, la verificación del eventual “consenso interamericano” es sólo uno de los diferentes métodos de interpretación de los cuales se ha valido la Corte en la definición del alcance y contenido de

los derechos y las correspondientes obligaciones estatales reconocidos en la Convención⁵⁷.

B. El desafío de las medidas con vocación transformadora en contextos de discriminación basada en la orientación sexual de las personas

Determinada la responsabilidad internacional del Estado de Chile en el caso *Atala Riffo y Niñas*, la Corte, en el marco de las reparaciones, resaltó que algunos actos discriminatorios analizados en la sentencia se relacionan con la reproducción de estereotipos asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales, particularmente en cuanto al acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, en la misma línea de lo declarado en el paradigmático caso *Campo Algodonero Vs. México (2009)*⁵⁸, la Corte se refirió a la necesidad de que algunas reparaciones tengan una vocación “transformadora” de la situación imperante en Chile, de tal forma que “tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan”, en este caso, la discriminación contra las personas LGTBI⁵⁹. La Corte ha buscado hacer efectiva dicha vocación transformadora a través de la medida de reparación consistente en capacitar a funcionarios públicos en tanto que garantía de no repetición (1), así como mediante el recordatorio de la obligación de toda autoridad pública de ejercer el control de convencionalidad (2).

1. La capacitación de funcionarios públicos como garantía de no repetición transformadora

Dentro de las reparaciones, la Corte considera como “garantías de no repetición” a aquellas tendientes a que no vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos como las sucedidas en el caso respectivo. Así, estas garantías tienen un alcance o repercusión pública, y en muchas ocasiones resuelven problemas estructurales viéndose beneficiadas no sólo las víctimas del caso, sino también otros miembros y grupos de la sociedad⁶⁰.

En el litigio del caso *Atala Riffo y Niñas*, la Comisión interamericana y los representantes de las víctimas destacaron la importancia de que se realicen capacitaciones a autoridades judiciales y campañas que contribuyan a un ambiente de tolerancia frente a las personas LGTBI en

el país. La Corte tomó nota de los desarrollos reportados por Chile en materia de programas y acciones de capacitación dirigidos a funcionarios públicos⁶¹. Sin perjuicio de ello, ordenó que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGTBI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. De acuerdo con la Corte, dichos cursos deben estar dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial⁶².

Asimismo, la Corte ordenó que, dentro de dichos programas y cursos de capacitación se haga una especial mención a la sentencia *Atala Riffo y Niñas* y, de manera general, a los precedentes del *corpus iuris* de derechos humanos “relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual y a la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención”. En ese sentido, la Corte demandó poner especial atención en normas o prácticas de derecho interno “que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales”⁶³.

Esta reparación, caracterizada como garantía de no repetición con vocación transformadora, pone en evidencia la evolución de la jurisprudencia de la Corte interamericana, que pasa de una noción clásica de igualdad, entendida como no discriminación, a una “noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales”, y, en consecuencia, para proteger especialmente a ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación⁶⁴.

2. La aplicación del control de convencionalidad como medida con vocación transformadora

La Comisión y los representantes de las víctimas en el caso *Atala Riffo y Niñas* solicitaron a la Corte que ordene al Estado adoptar medidas que reformen la legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación basada en la orientación sexual⁶⁵. Al respecto, la Corte remarcó que

si bien había examinado la relación entre la aplicación judicial de ciertas normas internas con prácticas discriminatorias, no había analizado la compatibilidad de una determinada norma con la Convención Americana, por no ser ello materia del caso. Asimismo, destacó que los representantes de las víctimas no aportaron elementos suficientes que permitieran inferir que las violaciones de derechos en el caso habían derivado de un problema de las leyes en sí mismas. De esta manera, la Corte consideró que no era pertinente ordenar en tanto reparación alguna medida específica de adopción, modificación y/o adecuación de normas específicas de derecho interno⁶⁶.

Sin embargo, inmediatamente después, en el mismo apartado dentro de las reparaciones, la Corte aprovechó para recordar su jurisprudencia constante sobre el denominado “control de convencionalidad”. Así, reiteró que si bien es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Así, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Conforme lo ha indicado la Corte, en esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana, sino también la interpretación que de la misma ha hecho la Corte, intérprete última de dicho tratado⁶⁷.

De esta manera, a partir de las exigencias del “control de convencionalidad”, la Corte indicó que era necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales en Chile se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia en el caso con respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual⁶⁸.

Cabe destacar que si bien esta medida no quedó determinada como reparación en sí misma, el “control de convencionalidad” tiene una clara vocación transformadora y de garantía de no repetición, en la medida que busca evitar que un nuevo caso sobre el mismo marco fáctico resulte sometido a conocimiento del sistema interamericano o que el mismo Estado reincida en la comisión de un acto generador de responsabilidad internacional, en este caso, vinculado a la discriminación basada en la orientación sexual.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los estándares de protección de derechos humanos derivados del caso *Atala Riffo y Niñas* ameritan un reconocimiento particular, no sólo porque es la primera vez que la Corte interamericana se pronuncia sobre los derechos de las personas LGTBI y la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, sino porque la respectiva sentencia ejemplifica las consecuencias positivas del diálogo judicial. En todo caso, como quedó señalado en la introducción, la Corte interamericana no sólo dialoga con el sistema europeo, sino también con el universal y el africano. Asimismo, la Corte interamericana dialoga con las altas cortes de los Estados parte de la Convención Americana, adoptando así una sana práctica de remisión a su respectiva jurisprudencia⁶⁹. En consecuencia, el diálogo con el Tribunal europeo no es exclusivo ni excluyente. La Corte se ha instalado en un diálogo diverso que le permite asegurar una mayor protección de los derechos reconocidos en la Convención Americana, tal como aquélla que prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual.

Los cuestionamientos a la declaración de violación del derecho a la protección de la familia en la sentencia y la existencia de contextos estructurales de discriminación basada en la orientación sexual que deben ser transformados, sólo dan cuenta de las complejidades y debates en el camino por recorrer hacia la igualdad formal y sustantiva en la región. Confiemos en que dichas complejidades y debates se resuelvan en el marco de lo estrictamente jurídico, dando el justo valor al respeto y garantía de la dignidad de la persona humana.

NOTAS

1. Laurence Burgogue-Larsen ha remarcado que la Corte interamericana solicita "*de façon décloisonnée une somme considérable de sources extérieures au système conventionnel*" para interpretar el catálogo interamericano de derechos, dentro de las cuales "*les sources du système onusien sont évidemment à l'honneur*". L. BURGORGUE-LARSEN, "Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le 'système onusien'". En: E. DUBOUT & S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 91-115.
2. Al inicio, el diálogo entre la Corte interamericana y el Tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) era "unidireccional", es decir que sólo la Corte interamericana citaba la jurisprudencia del TEDH o las normas de la Convención Europea. Posteriormente, sobre todo a partir de finales de los años 90 y comienzos del año 2000, dicho diálogo devino "bidireccional" ya que el TEDH comenzó a remitirse a la jurisprudencia de la Corte interamericana y a las normas del sistema interamericano. L. BURGORGUE-LARSEN & N. MONTOYA CÉSPEDES, "El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos". En: G. BANDEIRA GALINDO, R. URUEÑA & A. TORRES PÉREZ (Coord.), *Protección Multinivel de Derechos humanos. Manual de la Red de Derechos Humanos y Educación Superior (dhes)*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2013, pp. 187-210. Asimismo, ver, CEDH, *Research Report. References to the Inter-American Court of Human Rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe/CEDH, 2012.
3. Esto, citando los principales instrumentos jurídicos del sistema africano de derechos humanos, sobre todo, la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos, así como la jurisprudencia de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.
4. CIDH, *Karen Atala e Hijas Vs. Chile*, Caso 12.502, demanda ante la Corte, 17 de septiembre de 2010.
5. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
6. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254.
7. Corte IDH, *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2013.
8. Conforme consta en la sentencia de fondo, a solicitud de la Comisión interamericana se reservó la identidad de las tres hijas de la señora Atala Riffo, identificándolas con dichas letras. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, nota al pie 3.
9. La Corte declaró a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado determinados artículos de la Convención Americana: i) el derecho a la igualdad y la no discriminación (artículo 24), en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos (artículo 1.1), en perjuicio de la señora Atala; ii) el artículo 24, en relación con los derechos del niño (artículo 19) y el artículo 1.1., en perjuicio de las niñas M., V. y R.; iii) el derecho a la vida privada (artículo 11.2), en relación con el artículo 1.1., en perjuicio de la señora Atala; iv) los artículos 11.2 y 17.1 (protección a la familia), en relación con el artículo 1.1., en perjuicio de la señora Atala y de las niñas M., V. y R.; v) el derecho a ser oído (artículo 8.1), en relación con los artículos 19 y 1.1., en perjuicio de las niñas M., V. y R., y vi) la garantía de imparcialidad (artículo 8.1), en relación con el artículo 1.1., respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de la señora Atala.
10. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párr. 10.
11. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párr. 17. Ver, asimismo, Corte IDH, *Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2011.
12. TEDH, *Dudgeon Vs. Reino Unido*, 22 de octubre de 1981.
13. Sobre la evolución de la jurisprudencia del TEDH en la materia, véase, D. BORRILLO, "De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: El Tribunal

- Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual". En: *Revista de estudios jurídicos de la Universidad de Jaén*, n° 11-2011, España. Asimismo, F. RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Derechos del Colectivo LGBT". En: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Año 13, Vol. 13, No. 13, 2013, pp. 127-151; P. JOHNSON, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, New York: Routledge, 2012, y M. LEVINET, "La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité ?". En: *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 13e année, n° 50 (1er avril 2002), pp. 345-368.
14. TEDH, *Tyrer Vs. Reino Unido*, 25 de abril de 1978, párr. 31.
 15. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párrs. 84-85.
 16. TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, 21 de diciembre de 1999, párr. 28; *Clift Vs. Reino Unido*, 13 de julio de 2010, párr. 57. Asimismo, *L. y V. Vs. Austria*, 9 de enero de 2003, párr. 45; *S. L. Vs. Austria*, 9 de enero de 2003, párr. 37; *E.B. Vs. Francia*, 22 de enero de 2008, párr. 50; *Fretté Vs. Francia*, 26 de febrero de 2002, párr. 32; *Kozak Vs. Polonia*, 2 de marzo de 2010, párr. 92; *J.M. Vs. Reino Unido*, 28 de septiembre de 2010, párr. 55, y *Alekseyev Vs. Rusia*, 21 de octubre de 2010, párr. 108.
 17. El artículo 14 del Convenio Europeo establece que: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el [...] Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".
 18. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párr. 87.
 19. *Ibid.*, párr. 91.
 20. *Ibid.*, párr. 94. Al respecto, TEDH, *E. B Vs. Francia*, *op. cit.*, párrs. 88 y 89.
 21. *Ibid.*, párrs. 95-98. Al respecto, TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, *op. cit.*, párrs. 28 y 31 y *E.B. Vs. Francia*, *op. cit.*, párr. 85.
 22. *Ibid.*, párr. 99.
 23. TEDH, *Dudgeon Vs. Reino Unido*, *op. cit.*, párr. 41; *X y Y Vs. Países Bajos*, 26 de marzo de 1985, párr. 22; *Niemietz Vs. Alemania*, 16 de diciembre de 1992, párr. 29, y *Peck Vs. Reino Unido*, 28 de enero de 2003, párr. 57.
 24. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párrs. 161-165.
 25. *Ibid.*, párrs. 165-167.
 26. *Ibid.*, párrs. 169-170.
 27. *Ibid.*, párr. 171. Al respecto, TEDH, *Buchberger Vs. Austria*, 20 de diciembre de 2001, párr. 35; *K. y T. Vs. Finlandia*, 12 de julio de 2001, párr. 151; *Elsholz Vs. Alemania*, 13 de julio de 2000, párr. 43; *Bronda Vs. Italia*, 9 junio de 1998, párr. 51; *Johansen Vs. Noruega*, 7 de agosto de 1996, párr. 52, y *Olsson Vs. Suecia*, 24 de marzo de 1988, párr. 81.
 28. *Ibid.*, párrs. 172 y 174. Al respecto, TEDH, *Schalk y Kopf Vs. Austria*, 24 de junio de 2010, párrs. 91-94; *P.B. y J.S. Vs. Austria*, 22 de julio de 2010, párr. 30; *Elsholz Vs. Alemania*, *op.cit*, párr. 43; *Keegan Vs. Irlanda*, 26 de mayo de 1994, párr. 44; *Johnston y otros Vs. Irlanda*, 18 de diciembre de 1986, párr. 56; *Alim Vs. Rusia*, 27 de septiembre de 2011, párr. 70; *Berrehab Vs. Países Bajos*, 21 de junio de 1988, párr. 21, y *L. Vs. Países Bajos*, 1 de junio de 2004, párr. 36.
 29. *Ibid.*, párr. 173. Al respecto, TEDH, *X, Y y Z Vs. Reino Unido*, 22 de abril de 1997, párr. 36; *Marckx Vs. Bélgica*, 13 de junio de 1979, párr. 31; *Keegan Vs. Irlanda*, *op. cit.*, párr. 44, y *Kroon y otros Países Bajos*, 27 de octubre de 1994, párr. 30.
 30. *Ibid.*, párr. 177.
 31. *Ibid.*, párr. 178.
 32. *Ibid.*, párr. 109.
 33. *Ibid.*, párrs. 110-112. Al respecto, TEDH, *Palau-Martínez Vs. Francia*, 16 de diciembre de 2003, párrs. 42-43.
 34. *Ibid.*, párrs. 115-122.
 35. TEDH, *Hoffmann Vs. Austria*, 23 de junio de 1993, párrs. 15 y 33-36.
 36. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párrs. 123-131.
 37. TEDH, *Karner Vs. Austria*, 24 de julio de 2003, párr. 37, y *Kozak Vs. Polonia*, *op. cit.*, párr. 92. Asimismo, *E.B Vs. Francia*, *op. cit.*, párr. 74; *D.H. y otros Vs. República Checa*, 13 de noviembre de 2007, párr. 177; *Orsus y otros Vs. Croacia*, 16 de marzo de 2010, párr. 150; *Serife*

- Yigit Vs. Turquía*, 2 de noviembre de 2010, párr. 71, y *Muñoz Díaz Vs. España*, 8 de marzo de 2010, párr. 50.
38. TEDH, *M. y C. Vs. Rumania*, 27 de septiembre de 2011, párr. 147, y *Palau-Martinez Vs. Francia*, *op. cit.*, párrs. 42-43.
39. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párrs. 132-140.
40. TEDH, *Clift Vs. Reino Unido*, *op. cit.*, párr. 57.
41. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párrs. 141-145.
42. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párrs. 69-70. Ver asimismo: TEDH, *Keegan Vs. Irlanda*, *op. cit.*, párr. 44, y *Kroon y otros Vs. Países Bajos*, *op. cit.*, párr. 30.
43. TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, *op. cit.*, párrs. 34-36.
44. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012.
45. *Ibid.*, párr. 4.
46. F. RUIZ-RISUEÑO MONTROYA, *op. cit.*, pp. 135-137.
47. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párr. 175.
48. G. WILLEMS, "La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme: mariage et conjugalité, parenté et parentalité". En: *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 24eme année. Bruxelles X: Nemesis/ Anthemis, No. 93, 1er janvier 2013, pp. 65-96.
49. TEDH, *Keegan Vs. Irlanda*, *op. cit.*, párr. 44. Asimismo, F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 8e éd., Paris, Presses universitaires de France (PUF), 2010, pp. 105-106.
50. J-P. COSTA, "Les opinions séparées des juges : est-ce une bonne institution dans une juridiction internationale ?". En: S. KATUOKA (Ed.), *Le droit dans une Europe en changement: liber amicorum Pranas Kuris*, Vilnius: Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras, 2008, pp. 111-121.
51. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, *op. cit.*, párr. 19. El juez Pérez Pérez citó los artículos pertinentes de los textos constitucionales de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
52. ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23-La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).
53. Laurence Burgogues-Larsen se ha referido al "juego ambiguo" del consenso europeo en la determinación del margen de apreciación. Al respecto, ha precisado que "*le minimum commun qui se dégage de la multitude des interprétations consiste à affirmer qu[e la marge d'appréciation] repose sur deux fondements : la philosophie de la subsidiarité d'un côté et la souveraineté étatique de l'autre qui induisent d'accorder une place au pluralisme juridique afin de respecter les spécificités juridiques des Etats*". De esta manera resalta que "*un des éléments clés pour évaluer la portée de cette marge d'appréciation concerne l'existence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants*". BURGORGUE-LARSEN, Laurence, "Le jeu ambigu du consensus européen dans la détermination de la marge d'appréciation. La vision critique de Françoise Tulkens", Strasbourg Observers, 6 septembre 2012.
54. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, *op. cit.*, párr. 23.
55. En el año 2004, en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, respecto al derecho a recurrir del fallo, la Corte señaló que si bien los Estados tienen un "margen de apreciación" para regular el ejercicio de dicho recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho en cuestión. Corte IDH, *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 161. Posteriormente, en el caso *Castañeda Gutman Vs. México*, si bien la Corte no hizo mención expresa al "margen de apreciación", precisó que "*[e]l sistema interamericano no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los*

- derechos a votar y a ser votado*”, lo que parece dejar un “margen de apreciación” a los Estados respecto al diseño de sus sistemas electorales, siempre que se respeten y garanticen los derechos políticos. Corte IDH, *Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrs. 138 a 205.
56. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párrs. 92-93.
57. A modo de ejemplo, el rol y la complejidad de la remisión al “consenso interamericano” en la jurisprudencia reciente de la Corte interamericana pueden verificarse en el caso *López Mendoza Vs. Venezuela* respecto al análisis de la convencionalidad de una sanción administrativa que restringe el derecho a ser elegido (artículo 23 de la Convención Americana), y en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, en el análisis de la convencionalidad de la regulación y práctica de la fertilización *in vitro* respecto al derecho a la vida del embrión (artículo 4 de la Convención Americana). Corte IDH, *López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párrs. 104-109, así como los respectivos votos concurrentes de los jueces Diego García-Sayán y Eduardo Vio Grossi, y *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párrs. 254-256, así como los votos concurrente y disidente, respectivamente, de los jueces Diego García-Sayán y Eduardo Vio Grossi.
58. Corte IDH, *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. 450. Sobre los derechos humanos en un escenario de desigualdad estructural, ver, ABRAMOVICH, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”. En: *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, No. 11, diciembre 2009, pp. 7-39.
59. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párrs. 92 y 267.
60. Corte IDH, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012, p. 20.
61. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párrs. 268-270.
62. *Ibid.*, párr. 271.
63. *Ibid.*, párr. 272. En la primera resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso, respecto a dicha medida de reparación, la Corte declaró que el Estado no ha presentado información que permita concluir que los programas realizados versan de manera específica sobre las temáticas establecidas en el fallo, ni que permita comprobar si dichos programas y cursos son permanentes, ni a qué funcionarios están dirigidos. Por ello, la Corte requirió al Estado que remita la información pertinente sobre el cumplimiento de esta obligación. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *op. cit.*, considerando 38.
64. ABRAMOVICH, Víctor, *op. cit.*, p. 18.
65. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párrs. 273-274.
66. *Ibid.*, párr. 280.
67. *Ibid.*, párrs. 281-283. Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N° 154, párr. 124, y *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párrs. 65-90.
68. *Ibid.*, párr. 284.
69. En el caso, la Corte interamericana se remitió también a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. *Ibid.*, párr. 137 y nota al pie 114.