

Notas y preguntas sobre los usos del derecho comparado por la Corte IDH

Laura Clérico*

Recepción: 07/07/14.

Revisiones: 11/08/2014.

Aceptación: 29/08/2014

Resumen: ¿Por qué utilizar el derecho comparado desde el punto de vista de la argumentación? ¿Cuáles son (o deberían) ser los criterios de selección del derecho objeto de comparación? ¿Es necesario que la Corte IDH se planteé la cuestión metodológica frente al uso del argumento de derecho comparado? Más específicamente, ¿cuál es la actitud que la Corte IDH tiene respecto del argumento de derecho comparado? ¿Silencio? ¿Rechazo? ¿Apertura? No es claramente de rechazo. Es de apertura; sin embargo: ¿es de inspiración?, ¿es de recepción?, ¿es de diálogo explícito para acordar o para disentir? Mi hipótesis sostiene que el uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH no es lineal ni continuo si no que presenta fuertes tensiones.

Palabras clave: usos, argumento derecho comparado, corte IDH, discriminación, justificación.

Abstract: Why using comparative law in legal argumentation? What are or should be the criteria to select the law under comparison? Is it necessary that the CIDH tackles the methodological question regarding the argument of comparative law? More specific, what is the attitude that the CIDH has towards the argument of comparative law? Silence? Refusal? Openness? Apparently, it is not of refusal. It is of openness, however: Is it one of inspiration, reception or explicit

* Profesora de Derecho Constitucional (UBA) y profesora visitante-DAAD en la Universidad Erlangen-Nürnberg; investigadora CONICET, Argentina.

dialogue? My hypothesis is that the argument of comparative law used by the CIDH embeds strong tensions.

Key words: comparative law, CIDH, discrimination, justification.

I. ¿No hay nada nuevo bajo el sol?¹

Las actitudes de los tribunales frente al derecho comparado pueden ser diversas. Algunos niegan expresamente el uso del argumento. Otros guardan silencio. Otros lo utilizan para fundamentar una sentencia en una especie de diálogo². En el intermedio se encuentran aquellos que echan mano del derecho comparado con fines meramente heurísticos, de inspiración, estratégicos.

Si se lo considera parte de la argumentación, el derecho comparado puede ocupar un lugar marginal, como un argumento secundario o con una función decorativa o estratégica. Emerge de forma más interesante cuando es utilizado para dialogar con la cuestión que debe ser resuelta; establecer similitudes y diferencias; y, finalmente, enriquecer la argumentación de la sentencia³, ya sea para incluir el

¹ Agradezco a Federico De Fazio, Leticia Vita, Martín Aldao, Paula Gaido y al evaluador/a anónimo/a la lectura, comentarios y preguntas.

² Sobre las clasificaciones acerca de la forma en que los tribunales participan de la tendencia (*in crescendo?*) del uso del argumento de derecho comparado en sus sentencias: Choudhry, S., “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal*, 74, 3, 1999; Jackson, V., “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, 119, 2005; Saunders, C., “Judicial Engagement with Comparative Law”, en Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011.

³ Sobre el uso del derecho comparado y la pretensión de corrección, v. Wendel, M., “Comparative Reasoning and the Making of a Common Constitutional Law: EU-related Decisions of National Constitutional Courts in a Transnational Perspective”, *International Journal of Constitutional Law*, 11, 4, 2013; otra función del uso del argumento de derecho comparado aparece cuando se considera que “optimiza” una sentencia en tanto la inclusión de las prácticas comparadas de la región permiten tomar una decisión con mejor información (pretensión de racionalidad), v. Dzehtsiarou,

argumento como parte de una práctica jurisprudencial que se considera convergente⁴ o para explicar las razones de la divergencia. Esta actitud sería una posible expresión del llamado fenómeno del diálogo judicial⁵. Este intercambio argumentativo puede quedar plasmado expresamente o puede estar implícito en la sentencia⁶.

Sin embargo, uno podría preguntarse si hay algo nuevo bajo el sol. El uso del derecho comparado —con diversas finalidades— es un fenómeno antiguo. Incluso el fenómeno del uso por la judicatura para resolución de casos encuentra en América Latina discusiones precursoras sobre la (in)conveniencia del uso de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EEUU de Norteamérica para interpretar, por ejemplo, la Constitución argentina.⁷ Esa disputa tiene nombres y apellidos: los de Domingo Faustino Sarmiento, favorable al uso de la jurisprudencia norteamericana, y Juan Bautista Alberdi, contrario a

K. y Lukashevich, V., “Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 30, 3, 2012, pág. 3.

⁴ Saunders, C., *op. cit.*: “Thirdly, there is a tendency towards some convergence of the conception of judicial review on grounds of constitutionality, which is contributing to an increase in explicit engagement with comparative law. The precise contribution that comparative law plays depends on the conventions of the local reasoning process”.

⁵ V., entre muchos otros, Choudhry, S., *op. cit.*, 2013; Burgourgue-Larsen, L., *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa; s. una revisión sistemática de los trabajos sobre “diálogo” v., Meuwese, A. y Snel, M., “Constitutional Dialogue: An Overview”, *Utrecht Law Review*, 9, 2, 2013; en especial, la distinción en los usos del ‘constitutional dialogue’ como ‘lens’ y como ‘method’ y entre análisis empírico y análisis normativo. S. una perspectiva crítica del diálogo judicial, v. Hirschl, R., *Toward Juristocracy*, Cambridge, Mass., Harvard UP, 2004.

⁶ Según reiterados testimonios de informantes claves, lo que suelen hacer la mayor parte de los tribunales superiores y regionales de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, el TEDH recibe respecto de las cuestiones planteadas en los casos una carpeta con los antecedentes de derecho comparado de los Estados de la región, v. Dzehtsiarou, K. y Lukashevich, V., *op. cit.*

⁷ Reconstruye esta discusión Rosenkrantz, C., “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2013, entre otros.

ese uso.⁸ Por lo tanto, la discusión sobre la *legitimidad* del argumento de derecho comparado por los tribunales es conocida⁹. La disputa sobre “préstamos”, “transporte”, “trasplantes”, (perdidos en la) “traducción”, “anexión” del “otro” derecho aparece¹⁰ a fines de siglo XX con nuevos ropajes —para algunos “prestados”¹¹— pero sin diferir mucho en sustancia.

⁸ Alberdi realizó un trabajo de derecho comparado en la primera parte de *Bases y Puntos de Partida para la Organización Nacional* cuando hilvanaba el contenido de la constitución que, a su entender, convenía aprobar para Argentina, claro que alguien podría objetar, pero no es lo mismo. El propósito del uso del derecho comparado para bosquejar una constitución difiere de su uso para interpretar una norma objeto de una disputa judicial concreta.

⁹ Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2011, págs. 1-15. El fenómeno es bastante antiguo pero reaparece a fines del siglo XX. Además, lo explora en relación con las democracias en transición, Teitel, R., *Transitional Justice*, New York, Oxford UP, 2002.

¹⁰ Saunders, C., *op. cit.*, pág. 586; Rosenkrantz, C., *op. cit.*; Filippini, L., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, 2007; Gargarella, R., “Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Transplantes Constitucionales en América”, www.law.yale.edu, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella_Spanish.pdf; Böhmer, M., “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, en Gargarella, R. (ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008; Puga, M. y Lanusse, M., “El regreso del Búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras ‘otras’ preguntas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 1, 2009; entre otros.

¹¹ Por ejemplo, en EEUU de Norteamérica reaparece en la década de los noventa por la polémica sobre el uso del derecho comparado por los tribunales (Saunders, C., *op. cit.*). Por lo demás, en el derecho continental europeo se acelera su uso por el impacto de la Unión Europea y por la jurisprudencia del TEDH; en América Latina tiene una doble fuente; por un lado, se hace eco de la controversia que emergió en los EEUU en los noventa; por otro lado, por la interamericanización del derecho constitucional por medio de la obligación del control de convencionalidad que deben realizar los Estados en el

Entonces, ¿no hay nada nuevo bajo el sol referido al *boom*¹² del uso del argumento de derecho comparado por la jurisprudencia y, a los fines de este artículo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH)?

Interpreto que sí; o que en todo caso surgen nuevas combinaciones que deberían generar nuevos interrogantes. Por un lado, el derecho comparado es utilizado, en algunos casos, teniendo como mira la construcción de un piso común regional¹³. Esto si bien no es nuevo para el derecho privado, es bastante novedoso para el derecho constitucional o los derechos humanos. Es la manifestación del fenómeno de la internacionalización del derecho público —como me apunta De Fazio por oposición a un modelo de derecho público estatal cerrado—¹⁴. Por otro lado, el uso del derecho comparado cambió de marco o, en todo caso, se encuentra “des-enmarcado”. Cuando Alberdi y Sarmiento disputaban sobre el uso del argumento de derecho jurisprudencial comparado para interpretar la Constitución argentina descansaban en un supuesto: el marco de esa disputa era el Estado nacional. Esa discusión en el SXX tuvo como marco, hasta la década del setenta, el Estado keynesiano-westfaliano. La discusión que se presenta desde fines del SXX se queda corta si no es consciente del des-enmarque en el que se juegan esas disputas de cara a los procesos de internacionalización del derecho por el impacto de los derechos humanos, por un

orden interno de acuerdo con las interpretaciones ganadas por la Corte IDH de los arts. 1.1 y 2 de la CADH sobre obligaciones estatales.

¹² Saunders, C., *op. cit.*, pág. 574, *cf.*, sin embargo, v., Bobek, M. (2013), *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, Oxford UP.

¹³ V. von Bogdandy, A., “Founding Principles”, en von Bogdandy, A. y Bast, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010; von Bogdandy, A. *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos* U.N.A.M., México, 2014.

¹⁴ V. s. el tema, Morales Antoniazzi, M., “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, en von Bogdandy, A., Piovesan, F. *et al.* (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*, México, U.N.A.M., 2013.

lado, y, por el otro, de la “globalización económica”¹⁵ que incrementa y genera desigualdad en un mundo cada vez más interdependiente.

Finalmente, en el trasfondo de las discusiones sobre el uso del derecho comparado por los tribunales yace la pregunta sobre la legitimidad. El predominio de esta pregunta opacó otras discusiones no menos importantes: por ejemplo, las referidas a las cuestiones de interpretación y metodología del uso del argumento de derecho comparado por los tribunales.

Los interrogantes que formulo al uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH tienen como trasfondo esas nuevas combinaciones y en especial giran en torno a la metodología¹⁶. Me

¹⁵ Fraser, N., *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008: “La justicia como redistribución, reconocimiento y representación”: se pregunta sobre el “marco para pensar cómo las luchas sobre la justicia están organizadas, pero quizá sea mejor decir, desorganizadas en un período en el que no contamos con una gramática de la justicia que pueda reconocerse como hegemónica o, en otras palabras, estamos en un tipo de situación de discurso anormal. Actualmente, el incremento de la anormalidad en los discursos en torno a la justicia conduce al incremento de la incertidumbre en la política de las luchas sociales por la justicia y contra la injusticia. Quizá podamos vincular esta idea con aquella de la crisis de la formación social del neoliberalismo y este período de transición e incertidumbre. Vivimos un momento en el que el neoliberalismo está perdiendo su hegemonía no únicamente en el sentido del colapso financiero, sino porque afortunadamente es ampliamente criticado desde distintas posiciones sociales. También tenemos la incertidumbre de los marcos: ¿las luchas por la justicia deben organizarse sobre una base nacional?, ¿sobre una base global?, ¿transnacional?, ¿o las tres a la vez? y ¿cómo? Todas estas son formas de incertidumbre y anormalidad en las que la gente no se pone de acuerdo. Pero aun dada esta situación de falta de acuerdo, a pesar de la incertidumbre y la anormalidad, la lucha contra la injusticia continuará y debe continuar, no podemos detenernos y esperar una nueva gramática para resolver estos problemas. Mi idea es que tenemos que ser capaces de hacer las dos cosas a la vez; tendríamos que ser capaces de mantener la lucha contra la injusticia en el sentido concreto en que nos ocupamos de estas nuevas condiciones de incertidumbre”.

¹⁶ Saunders, C., *op. cit.*, pág 587, plantea que los tribunales se enfrentan a los mismos problemas que plantea el derecho comparado en cuenta a la elección del método. La diferencia residiría en que los tribunales que están inmersos en un proceso institucional de adjudicación judicial tienen que

interesan las siguientes preguntas, aunque no las pueda abordar en este trabajo: ¿por qué utilizar el derecho comparado desde el punto de vista de la argumentación? ¿Cuáles son (o deberían) ser los criterios de selección del derecho objeto de comparación? ¿Es necesario que la Corte IDH se plantee la cuestión metodológica frente al uso del argumento de derecho comparado? Pero, ¿cuál método: el universalista, el funcional equivalente, el contextualista, el expresivista¹⁷ o una combinación de algunos de acuerdo con la cuestión que se discute y los fines que persigue la comparación en el marco de un proceso judicial? Más específicamente, ¿cuál es la actitud que la Corte IDH tiene respecto del argumento de derecho comparado? ¿Silencio? ¿Rechazo? ¿Apertura? No es claramente de rechazo. Es de apertura; sin embargo: ¿es de inspiración?, ¿es de recepción? ¿es de diálogo explícito para acordar o para disentir? Mi hipótesis sostiene que el uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH no es lineal ni continuo.

Por un lado, el derecho comparado proveniente de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos (jurisprudencia del TEDH o de los órganos de Derechos Humanos de la ONU) aparece para determinar el contenido de una norma a la luz de la aplicación del método de interpretación evolutiva (uso normativo). Por el otro, —y por ahora, en menor medida—, el derecho comparado proveniente del derecho de los Estados de la región aparece para dar a conocer

resolver problemas en plazos acotados. En ese caso, exigencias excesivas respecto del método que deberían utilizar los tribunales disuadiría, tal vez, a varios operadores jurídicos del uso del argumento de derecho comparado. Esto podría implicar la pérdida de algo valioso en los casos que el argumento de derecho comparado enriquece la argumentación judicial. Así Saunders sostiene que el argumento requiere un uso adecuado de lo metodológico. Sin embargo, advierte que lo adecuado respecto del método depende de la finalidad con la que se utiliza el argumento de derecho comparado, del peso que se le acuerda en el proceso deliberativo y del lugar que ocupa en las conclusiones.

¹⁷ Sobre el método en derecho comparado, v. Tushnet, M., “Why Comparative Constitutional Law?” en Tushnet, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton UP, 2008, cap. 1.

(para conocer) cuál es la práctica sobre un tema (uso descriptivo), para converger o para disentir por medio del uso de argumentos normativos (uso normativo).

Para dar cuenta de estos dos usos tomaré como objeto de análisis un caso: el caso Atala de la Corte IDH (que explico en cuanto a la cuestión, reglas y argumentos en el apartado II. No es objetivo de este trabajo realizar un análisis pormenorizado del caso, realizado ya por la vasta literatura escrita sobre el tema)¹⁸. Tomo el caso Atala por dos razones. Primero, porque en él aparecen estos dos *usos diversos* del argumento de derecho comparado. Segundo, porque en Atala se da un diálogo a raíz de un argumento de derecho comparado esgrimido por el Estado de Chile. Ese diálogo demuestra que no siempre el resultado resulta en un acuerdo, que los diálogos pueden implicar disensos justificados —como lo hizo la Corte IDH en el caso Atala para explicar y justificar por qué no acordaba con el uso que el Estado chileno sostenía debía hacerse del argumento de derecho comparado—. Estos dos usos no son continuos ni lineales. Lo que me permite sostener la hipótesis de la actitud de tensión con que la Corte IDH hace uso (y vive el uso y debería vivir el uso) del argumento de derecho comparado. Es una hipótesis, porque lo planteado implica una labor de largo aliento que incluye, a su vez, un trabajo de derecho comparado¹⁹ con

¹⁸ V. von Bogdandy, A. *et al.*, *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012; Ronconi, L. y Aldao, M., "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", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 3, 2011; Clérico, L., "Impacto del caso Atala. Posibilidades y perspectivas", en von Bogdandy, A., Piovesan, F. *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012a, y en Contextos: www.biblio.juridicas.unam.mx; Contesse, J., "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 2013, www.law.yale.edu, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf, entre muchos otros.

¹⁹ Saunders, C., *op. cit.*, pág. 571.

la jurisprudencia de otro tribunal regional de protección de derechos humanos —el TEDH— para ponerla a prueba.

II. El caso Atala: cuestión, reglas y argumentos

En el año 2012 la Corte IDH²⁰ dictó sentencia en el caso Atala sobre discriminación por orientación sexual. El caso llegó como denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) fruto de un reclamo presentado el 24 de noviembre de 2004 por la señora Karen Atala Riffo; y, a la Corte IDH luego de haber pasado sin éxito por una instancia de solución amistosa en el ámbito de la CIDH.

El caso se refiere a los siguientes hechos: la Sra Atala estaba separada desde el 2002 y tenía a su cargo —de común acuerdo con su ex cónyuge— el cuidado y tuición de sus tres hijas. En noviembre de

²⁰ La Corte IDH pronuncia sentencia en el caso cuando se encontraba (y encuentra) en pleno debate en varios Estados de América Latina y el Caribe la inclusión del matrimonio igualitario o matrimonio entre personas del mismo sexo o similares en la legislación civil a la luz de la irradiación que las normas constitucionales sobre igualdad producen sobre el derecho común, y las leyes sobre identidad de género. Estas discusiones surgieron en varios Estados de la región como estrategias de visibilización de los derechos de las personas del colectivo LGBTTI desde una agenda promovida desde los movimientos de base. Pecheny, M. y de la Dehesa, R., “Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, y Hiller, R., “Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010; von Opiela, C., “Los mismos derechos con los mismos nombres. Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y en el mundo”, en Solari, N. y von Opiela, C. (eds.), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26,618*, Buenos Aires, La Ley, 2011; Menajovsky, S., “El Derecho a la Identidad de Género en Argentina: Su contexto, originalidad y necesidad de su difusión global”, 2014, www.law.yale.edu, <http://www.law.yale.edu/intellectuallife/18360.html>.

2002, la pareja de la Sra. Atala, la Sra. E. de R., se mudó a la casa de la Sra. Atala donde también vivían las tres niñas. En enero de 2003 el padre de las niñas solicitó ante sede judicial la tuición de las niñas, sin haber tenido éxito en primera y segunda instancia. En marzo de 2004 la Corte Suprema de Chile revocó la sentencia y otorgó la tuición de las niñas al padre. La Sra. Atala denunció al Estado de Chile alegando que esta acción estatal (sentencia de la Corte) implicaba una violación al principio de no-discriminación por orientación sexual, a la vida privada y familiar, entre otros argumentos.

Así, la cuestión del caso gira en torno a determinar si la acción estatal se basaba en otras razones que no se relacionaran de manera alguna con la orientación sexual de la denunciante y que, a su vez, implicaran una justificación suficiente de la concesión de la tuición de las niñas al padre. Respecto de la primera cuestión la Corte IDH sostiene la tesis de que la discriminación basada en la orientación sexual de una persona se encuentra prohibida en forma definitiva por la Convención Americana cuando ese accionar es en perjuicio de una persona LGBTTI. Respecto de la segunda cuestión sostiene que las razones alegadas por el Estado deben someterse a “un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas”. Este examen debe ser estricto cuando la “decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales”²¹.

En suma, la primera pregunta trata sobre un problema de interpretación de la enumeración contenida en el Artículo 1.1 de la Convención Americana. Al respecto se sostiene que las enumeraciones de categorías prohibidas del artículo 1.1. de la CADH son enumerativas y no taxativas, que pueden ser ampliadas, nos encontramos, por lo tanto, frente a una cláusula abierta. Así, la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1

²¹ *Atala Riffó y niñas vs. Chile*, Corte IDH, 24/2/2012 (en adelante, caso Atala), párr. 127 y 131.

de la CADH. Por ello, 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”²².

La segunda pregunta indaga en el trasfondo de las argumentaciones estatales para desnudar que el móvil de la acción estatal estaba basado en la orientación sexual de la denunciante y por ello era (y es) discriminatorio y violatorio de la obligación estatal de respetar del Artículo 2.1 de la Convención Americana: cuando el uso de un criterio de clasificación está prohibido, entonces el Estado que quiera excluir a alguna persona de lo que le otorga a otra tiene la carga de la argumentación agravada; es decir, debe basar esa diferencia en razones de mucho peso que nada tengan que ver con la orientación sexual de las personas. El estándar del daño concreto, específico y real fue el prisma bajo el cual se evaluaron los argumentos del Estado *en contraposición con el mero daño especulativo*. Dos son los actos estatales evaluados para concluir que resultaron discriminatorios²³: i) la sentencia que resolvió el recurso de queja, y ii) la decisión de tuición provisional. Para determinar que existió un “vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala” y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile²⁴, se tuvo en cuenta: 1) los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, 2) sus conductas, 3) el lenguaje utilizado y 4) el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales.

Ahora bien, si tomamos en serio lo sostenido por la Corte IDH en párrafos anteriores, es decir, que un trato diferenciado en desmedro

²² Caso Atala, párr. 91, *cf.* párr. 86-92.

²³ A su vez establece 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”, párr. 94.

²⁴ Caso Atala, párr. 95.

de los derechos de una persona LGBTI nunca podría ser justificado con motivo de su orientación sexual, esta sería una suerte de razón excluida de la argumentación. El trato diferenciado debería basarse en razones independientes de la orientación sexual de las personas, de lo contrario, se incurre en discriminación arbitraria. Corresponde al Estado “la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas”²⁵. Para aprobar con éxito esta carga es necesario que en las decisiones judiciales sobre temas de tuición se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. Esta relación de conexidad no queda demostrada si el Estado alega: a) la pre-concepción (estereotipo²⁶, presunción infundada), no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales (la alegada confusión de roles que habrían presentado las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo)²⁷; b) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala²⁸; c) la supuesta prevalencia que

²⁵ Caso Atala, párr. 124, *cf.* 131.

²⁶ Aún se encuentra poco explorada la cuestión sobre cómo evitar la argumentación estereotipada en la jurisprudencia de la Corte IDH. En relación con el sistema europeo de protección de derechos humanos, v., entre otros: Timmer, A., “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 11, 4, 2011; Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting judgments of the ECHR* Cambridge UP, Cambridge, 2013.

²⁷ Caso Atala: párrs. 123; 131; 127; 130.

²⁸ El argumento de evitar la discriminación de las niñas en la escuela u otros ámbitos sociales también se suele alegar en el contexto de las discusiones para la inclusión del matrimonio igualitario, adopción, entre otras. Así, la Corte IDH haciéndose eco de las discusiones que se dan en otros contextos (interacción exógena) da vuelta el argumento. No es ingenua, conoce el diagnóstico, sabe que persisten sociedades racistas, machistas, sexistas, etc. Sin embargo, esta no es una razón para el Estado para poner sobre las discriminadas (las niñas y su madre) la carga de la discriminación, en este

la señora Atala le habría dado a su vida personal por el desarrollo de una opción sexual que implicaría privilegiar sus intereses en desmedro de una concepción tradicional y estereotipada de las mujeres como “madre principal responsable de la crianza de hijos e hijas” y por sobre los intereses de sus tres hijas²⁹, y d) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre³⁰ (“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”)³¹.

La Corte IDH utiliza derecho comparado en el desarrollo argumentativo de estas dos cuestiones, entre otras. Veamos.

III. Los usos del argumento de derecho comparado

Los usos del derecho comparado pueden emerger en diversas etapas del proceso argumentativo. Saunders,³² entre otras, ha propuesto una enumeración —de interés para el propósito de este trabajo— sobre los momentos argumentativos en los que puede aparecer el derecho comparado: en la interpretación de los hechos relevantes del caso, en la delimitación de la cuestión o problema normativo que requiere resolución; en la identificación, formas de aplicación de métodos

caso, separándolas de su madre. Por el contrario, la discriminación social es un diagnóstico que alerta sobre la urgencia de realizar acciones por parte del Estado para terminar con esas discriminaciones. Por tanto, la Corte concluye que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R. Caso Atala, párr. 119.

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem.

³¹ La Corte IDH analizó 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”. Interpretó entonces que este lenguaje reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia.

³² Saunders, C., *op. cit.*

interpretación y de resolución de conflictos entre derechos; en la construcción de argumentos, en la identificación de posibles soluciones del problema normativo, en la exploración de las consecuencias a las posibles soluciones, en la determinación de la intensidad de control judicial, en la formulación de remedios, en el diseño de instrumentos para monitorear el cumplimiento de la sentencia, entre otros.

La Corte IDH utiliza el derecho comparado para sostener que: el artículo 1.1 contiene una cláusula de apertura cuando se refiere a “cualquier otra condición social”, que la “orientación social” encaja en “otra condición social”. La Corte usa, entonces, el derecho comparado como parte de la interpretación evolutiva con aplicación de la regla de interpretación *pro homine o pro persona* (“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”)³³. Concluye así que los Estados tienen prohibido discriminar en virtud de la orientación sexual en desmedro de las personas LGBTTI.

No es nuevo que tanto la Corte IDH como el TEDH se inclinen por una “interpretación evolutiva” (o “dinámica”) de la Convención caracterizándola —en forma metafórica— como un “instrumento vivo”³⁴. Así ocurre en el caso Atala: “otra condición social” reconoce nuevos contenidos debido al “cambio de los tiempos”³⁵.

³³ Caso Atala, párr. 84; *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 52, y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, párr. 106.

³⁴ Caso Atala párr. 83; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; *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. Con posterioridad al caso Atala, v. Caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, Corte IDH 28/11/2012, párr. 245 (en adelante, Caso Artavia); 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.

³⁵ Caso Atala, párrs. 83 y 84.

Ahora bien, como advierte G. Neuman,³⁶ sostener que son instrumentos vivos, que los sentidos de esos textos evolucionan, no aclara la forma en qué esa evolución ocurre. En qué manantiales hurgará la Corte IDH y en cuáles debería hacerlo. Para Neuman, la evolución ocurre como fruto: a) de la propia producción argumentativa de la Corte IDH, b) de la invocación de otros instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos, c) de referencias a las producciones del sistema internacional y europeo de protección de los derechos humanos. En este último supuesto emerge el derecho comparado y con la función de mostrar la evolución en la interpretación de una norma. Todo esto ocurre en el caso *Atala* en dos momentos. Lo que sigue encaja en el primer momento, caracterizado por la concordia y la convergencia con el derecho comparado proveniente en su mayor parte de la jurisprudencia del TEDH y de las producciones de los órganos de Derechos Humanos de la ONU. En el próximo apartado emerge el segundo momento de la divergencia y la discordia. Veamos.

a) Los Estados no pueden alegar la orientación sexual de una persona para discriminarla en su perjuicio en el ejercicio de sus derechos.

Para ello la Corte IDH interpreta su *práctica* en el contexto de una práctica del SIDH que desde hace unos años viene pronunciándose en contra de la discriminación por orientación sexual. Así, se enmarca en la línea de las cuatro resoluciones de la OEA aprobadas desde 2008 respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios. Hasta aquí no hay presencia del uso del derecho comparado.

La presencia emerge cuando interacciona³⁷ con la jurisprudencia del TEDH sobre la materia. Se apoya en sentencias del TEDH en donde

³⁶ Neumann, G., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, 19, 1, 2008, pág. 107.

³⁷ Sobre interacciones argumentativas en la región, v. Góngora Mera, M., *Inter-American Judicial Constitutionalism*, San José de Costa Rica, IIDH, 2011; Arango, R., “Constitucionalismo Social Latinoamericano”, en von

fue interpretado, como en el caso Atala, que el listado de categorías que se realiza en el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) es “ilustrativo y no exhaustivo”³⁸, que la orientación sexual es una “categoría de discriminación prohibida” y que cae bajo el amparo de la expresión “otra condición” del artículo 14³⁹ del CEDH —similar al 1.1. de la CADH, que prohíbe tratos discriminatorios—⁴⁰. En esta

Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E. *et al.* (eds.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, U.N.A.M., 2012, tomo II; Burgourgue-Larsen, L., *op. cit.*; Saba, R., “El Principio de Igualdad en el Diálogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, G., Clérico, L. *et al.* (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, entre otros.

³⁸ Con referencias a T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, párr. 28 (“the applicant’s sexual orientation [...] [is] a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words [‘]any ground such as[’]. Ver también T.E.D.H., *Caso Fretté Vs. Francia*, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 32; T.E.D.H., *Caso Kozak Vs. Polonia*, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final, 2 de junio de 2010, párr. 92; *Caso J.M. Vs. Reino Unido*, (No. 37060/06), Sentencia de 28 de septiembre de 2010. Final, 28 de diciembre de 2010, párr. 55, y *Caso Alekseyev Vs. Russia*, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 108.

³⁹ Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente 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”.

⁴⁰ Caso Atala párr. 87 con referencia a T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28; *Caso L. y V. Vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 45; *Caso S. L. Vs. Austria*, (No. 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 37, y *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 50. En particular, en el Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó

parte de su argumentación —en contraste con la subsiguiente— la Corte IDH no despliega las razones de estas sentencias del TEDH, con lo que queda la pregunta abierta acerca de si utiliza el precedente comparado por la fuerza de la autoridad del TEDH en materia de derechos humanos o por las razones que emanan de esas sentencias (fuerza argumentativa).

Asimismo, recepta gran cantidad de Declaraciones de la ONU, informes de los relatores especiales de Naciones Unidas, Observaciones y casos relevantes del Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos de la ONU, en especial, la Observación General 20 del Comité de DESC, que determinan que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”. Agrega que el Comité de Derechos Humanos, 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. Y, en especial, se detiene en que el Comité de Derechos Humanos en reiteradas oportunidades⁴¹ advirtió a los Estados, que a pesar de los avances que se verificaban en el respeto de los derechos de las personas del LGBTTI, aún persistían prácticas de discriminación atentatorias, que implican asimismo violación a la integridad psíquica y física de las personas y, en algunos casos, de la vida. En estos casos, la fuerza del argumento de derecho comparado parece devenir de las razones que se despliegan en estas producciones (fuerza argumentativa).

que la orientación sexual es un concepto que se encuentra amparado por el artículo 14 del CEDH. Además, lo reiteró en el Caso *Clift Vs. Reino Unido*, T.E.D.H., *Caso Clift Vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57.

⁴¹ Caso *Atala*, párr. 89 con citas del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: *Observaciones finales, Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007, párr. 16; *Observaciones finales, Barbados*, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de mayo de 2007, párr. 13; *Observaciones finales, Estados Unidos de América*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, párr. 25; *Observaciones finales, El Salvador*, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 16.

Por último, perdido sobre el final de una larga nota al pie de página,⁴² se refiere a la prohibición explícita de discriminación por orientación sexual en las Constituciones de algunos Estados (Bolivia, Ecuador, Kosovo, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Suiza); o a otras normas que en materia de derecho de familia otorga a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que a las heterosexuales. Se refiere al desarrollo legislativo reciente en la materia y en la región: en Argentina, a través de la reforma del Código Civil por Ley 26.618 de 2010 sobre matrimonio igualitario; la ley 18.246 de 2008 de Uruguay que reconoce las uniones civiles (“uniones concubinarias”) de parejas del mismo sexo y la Ley 18.590 de 2009 que autorizó la adopción conjunta por parte de parejas en unión civil.

b) Examen de las razones alegadas por el Estado para determinar si eran independientes de la orientación sexual de Atala y tenían el peso suficiente para justificar en forma acabada la desigualdad de trato.

El argumento de derecho comparado emerge en esta parte de la argumentación en forma expresa para determinar la intensidad del escrutinio a la que se deben someter las razones estatales. No se enuncia solo el resultado que surge del proceso interpretativo reflejado en la sentencia del TEDH sino también la justificación. Esto arroja agua a la tesis que sostiene que en esta parte de la argumentación el precedente comparado se utiliza por la fuerza argumentativa de las razones y no simplemente por la autoridad (moral) del tribunal que lo expide.

A su vez, no es casual que en forma preponderante interaccione con precedentes del TEDH. En este supuesto la Corte IDH se encuentra frente a un caso nuevo. Nunca antes había encarado el caso como un supuesto de discriminación por orientación sexual. El uso de precedentes comparados se debe a esta falta de antecedentes en su propia jurisprudencia, lo que confirma el resultado de estudios⁴³ que sostienen que cuanto más novedosa la materia, mayores las referencias al derecho comparado y, por el contrario, cuanto mayor caudal

⁴² Caso Atala, nota a pie de página n.o 113.

⁴³ Saunders, C., *op. cit.*

de precedentes jurisprudenciales del propio tribunal sobre la materia, tanto más decrece la referencia a precedentes comparados⁴⁴.

El TEDH cuenta ya con una larga historia jurisprudencial sobre casos referidos a la orientación sexual. Piovesan⁴⁵ propone una periodización de esa jurisprudencia: se inicia en los años 80 bajo la consigna de combate a la criminalización de las prácticas homosexuales consentidas entre adultos; sigue en los años 90 como lucha contra la discriminación por la orientación sexual; desde el 2000 la consigna incluye igualdad por reconocimiento, desde el 2002 se inicia la jurisprudencia referida al reconocimiento de los derechos de las personas trans; desde el 2008 el derecho a adoptar de las personas con orientación homosexual; y a partir del 2010 se empieza a tratar la cuestión del matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo.

Esta línea jurisprudencial comparada fue de utilidad para la Corte IDH en *Atala* para hurgar si las razones utilizadas por los tribunales chilenos para la revocación de la tuición en perjuicio de la Sra. *Atala* implicaban un accionar discriminatorio. Sigue la pauta del TEDH que establece que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido

⁴⁴ Saunders, C., *op. cit.* Por lo demás, para un análisis empírico sobre por qué los tribunales aplican derecho comparado v. el trabajo empírico de: Law, D., “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”, *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 4, 2015, se refiere a diversos factores que generan un ambiente propicio para el uso del derecho comparado por los tribunales, entre otros: capacidades institucionales (la posibilidad de las instituciones de emplear a asistentes que hayan estudiado en el extranjero o que sean investigadores en la materia; un sistema de formación en derecho que genere entusiasmo y habilidades para el comparativismo; hacerlo parte de la diplomacia judicial (“the concept of judicial diplomacy helps to explain why constitutional courts engage in a number of practices that are only tenuously related to the act of adjudication. Although the U.S. Supreme Court rarely practices constitutional comparativism, it is an active practitioner of judicial diplomacy in other forms”).

⁴⁵ Piovesan, F., “Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos europeo e interamericano”, en von Bogdandy, A., Piovesan, F. *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.

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. Para ello alcanza “con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”⁴⁶. Para concluir que la Sra. Atala fue víctima de un trato discriminatorio por los tribunales chilenos aplicó el *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, en el que el TEDH interpretó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro varón como tal, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final. Con base en esta jurisprudencia, la Corte IDH tomó como relevante los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido, para concluir que la diferencia de trato se basó en la orientación sexual⁴⁷.

Asimismo, volvió a recurrir al argumento de derecho comparado para enfatizar que la CADH no privilegia un modelo único de familia (artículo 11.2 de la Convención Americana y artículo 17 de la Convención), por cuanto este puede variar. Luego lo aplicó al caso Atala. La Corte IDH determinó que era visible que se había constituido un “núcleo familiar” que, al serlo, 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. Por tanto, este Tribunal concluyó también que la separación de la familia constituida por la Sra. Atala, su pareja y las niñas constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar.

Por último, pero no menos importante, están las otras relaciones exógenas que responden a un diálogo traccionado desde abajo hacia arriba, se trata de la recepción de razones que se desprenden de la jurisprudencia de tribunales de América Latina, el Caribe y Norteamérica.

⁴⁶ Con referencia a T.E.D.H., *Caso E.B.*, párrs. 88 y 89.

⁴⁷ Con referencia a T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, párrs. 28 y 31 y *Caso E.B.*, párr. 85.

Al respecto existe una abundante jurisprudencia sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual⁴⁸. Sin embargo, las citas de esta jurisprudencia en Atala son escasas⁴⁹ y se reducen a la de la Corte Constitucional Colombiana⁵⁰ y a México⁵¹. También se agregan referencias a casos provenientes de Canadá⁵² y EE.UU. de Norteamérica⁵³. ¿Por qué no incluir jurisprudencia de otros tribunales de América Latina?⁵⁴

⁴⁸ V. von Opiela, C., *op. cit.*; Clérico, L., “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

⁴⁹ Por el contrario, v. el caso *Gelman vs. Uruguay* Corte IDH, 24/2/2011, en la que la Corte IDH tuvo en cuenta la jurisprudencia de Argentina (párr. 215); Chile (párr. 216/17); Perú (párr. 218); Uruguay (párr. 219); Honduras (párr. 220); El Salvador (párr. 221) y Colombia (párr. 222/23) como antecedentes para resolver el caso.

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-507 de 1999; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-373 de 2002; sobre autonomía en general: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003 (autonomía); Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de 1998.

⁵¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 336 y 338; 263, 264 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar niños y niñas.

⁵² Corte Suprema de Canadá: Caso *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR, 513, 518 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5360) estableció que “[la] orientación sexual es más que simplemente un ‘estatus’ que un individuo posee: es algo que es demostrado por medio de la conducta de un individuo por la elección de una pareja”.

⁵³ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando la decisión de un tribunal de otorgarle la custodia de un menor de edad al padre por considerar que la nueva relación de la madre con su nueva pareja de otra raza implicaría un sufrimiento para el niño por la estigmatización social de la relación de la madre.

⁵⁴ El problema de la selección del objeto de comparación es materia de investigación, en: Wildhaber, L. *et al.*, “No Consensus On Consensus? The Practice Of The European Court Of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, 33, 7-12, 2013; Barak, A., “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy”, *Harvard Law Review*, 116, 2002, pág.

c) Conclusiones intermedias

Es posible plantear aquí cuatro conclusiones intermedias: 1) el uso del argumento de derecho comparado aparece en el proceso de interpretación del alcance de una norma; 2) su uso no es decorativo, ni accesorio, forma parte del proceso de interpretación⁵⁵; 3) respecto de las producciones del TEDH y de la ONU: si bien tanto la Corte IDH como el TEDH como la ONU pertenecen a sistemas de protección de derechos humanos, ellos no están inmersos en un sistema de aplicación obligatoria y cruzada de sus precedentes; por ello, su uso, en principio, no deviene de un uso del precedente comparado por la vinculatoriedad formal sino por la autoridad “moral” del TEDH en materia de derechos humanos o por la fuerza argumentativa de las razones desarrolladas en las sentencias que se toman como objeto de comparación. En el caso de las referencias a la jurisprudencia del TEDH respecto a la interpretación de las categorías de discriminación prohibida, las citas son enunciativas de la misma tesis que la Corte IDH quiere sostener (la cláusula de apertura, la orientación sexual como categoría prohibida), pero falta un mayor trabajo comparado de las razones de esas sentencias, con lo que nos preguntamos si las referencias al TEDH no se basan acaso en la autoridad “moral” de ese tribunal en materia de derechos humanos. Por el contrario, las referencias a las sentencias del TEDH para determinar cómo analizar (y con qué intensidad) las razones del trato que se ataca por discriminatorio (punto b) de este apartado) son sustantivas. Aquí el uso del precedente comparado se basa sobre la fuerza argumentativa de las razones que sostienen esas sentencias. 4) Las referencias al derecho constitucional y común comparado de la región no ocuparon un lugar relevante en la argumentación de la Corte IDH, la actitud del tribunal al respecto parece ser de accesoriedad más que de convergencia (sobre esto volveremos en próximos apartados). Queda la pregunta abierta: ¿por qué la Corte IDH evitó o eludió interactuar fluidamente con la

111; Glensy, R. D., “Which Countries Count?: Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority”, *Virginia Journal of International Law*, 45, 2005, pág. 361, entre otros.

⁵⁵ Caso Atala, párr. 91.

jurisprudencia de Tribunales de América Latina⁵⁶ sobre la cuestión relevante del caso: la prohibición de discriminación por orientación sexual, más allá de los casos de Colombia y México?⁵⁷

IV. ¿Otro uso del argumento de derecho comparado?

En el reciente caso *Artavia Murillo* sobre reproducción asistida⁵⁸ la Corte IDH es entusiasta en el uso del derecho comparado. Lo utiliza en mayor medida que en *Atala*. Cuando se refiere nuevamente a la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos, concebidos en forma metafórica como instrumentos vivos⁵⁹, sostiene que la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional⁶⁰ o jurisprudencia

⁵⁶ Por el contrario, la Corte IDH se refiere ampliamente y en general —es decir, no respecto de la discriminación por orientación sexual— a la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales y Tribunales Superiores e inferiores de América Latina que aplican el control de convencionalidad e interpretaciones de la CADH provenientes de la jurisprudencia de la Corte IDH: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá para sostener el uso del derecho interamericano de los derechos humanos en el orden interno.

⁵⁷ En el derecho constitucional comparado es objeto de discusión la pregunta acerca de cómo y bajo cuáles criterios se seleccionan lo que se quiere comparar. V., por ejemplo, Hirschl sobre aplicación del método de las ciencias sociales de estudio de caso. Saunders, C., *op. cit.*, se pregunta si estas exigencias metodológicas son trasladables al uso del derecho comparado que hacen los operadores judiciales. Más allá de la respuesta, lo importante es que identifica un punto muy poco trabajado y que refiere a la metodología del uso de derecho comparado. V., sobre esta pregunta asimismo, Contesse, J., *op. cit.*

⁵⁸ Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, párr. 245.

⁵⁹ Caso *Artavia Murillo*, párr. 245 con referencias a “*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; *Caso Atala*, párr. 83.

⁶⁰ Caso *Artavia Murillo*, párr. 245 con referencia al caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*, en el que interpreta que la Corte IDH advirtió “que un número

de tribunales internos⁶¹ a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Hasta aquí reconstruye su propia práctica enfatizando (o ¿sobreactuando?) el uso del derecho comparado proveniente de los Estados de la región interamericana. Sin embargo, lo novedoso y, a su vez, lo que debería marcar una alerta argumentativa, es la lectura que realiza de la práctica de su par el Tribunal Europeo quien “ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir para especificar el contexto de un determinado tratado”⁶².

¿Por qué la alerta argumentativa? Esta alarma debería estar siempre presente. Pero aún más cuando el uso del argumento de derecho comparado es débil porque encubre, según quiero sostener, un salto argumentativo. ¿Cuál debe ser nuestra preocupación, desde el punto de vista de la argumentación? Cuando un tribunal de derechos humanos se ampara bajo una fórmula hueca para evadir la argumentación. Esa fórmula hueca aparece cuando el TEDH apela a la falta de consenso de los Estados sobre una cuestión para reconocerle un margen de maniobra a los Estados, por ejemplo, para deliberar si quieren o no seguir discriminando. Justamente en este salto argumentativo ha caído el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en

considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano.”

⁶¹ Caso Artavia Murillo, párr. 245 con referencias a los casos *Heliodoro Portugal vs. Panamá* y *Tiu Tojín vs. Guatemala*, para enfatizar que la Corte “tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el Caso *Anzualdo Castro Vs. Perú*, la Corte utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son los casos *Atala Riffó y Niñas vs. Chile* y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.” Sin embargo, las referencias en el caso Atala a la jurisprudencia de los tribunales internos de la región se limitó a los casos de Colombia y México; y más allá de América Latina a los de Canadá y EEUU, como se advirtió en el texto de este trabajo.

⁶² Caso Artavia Murillo, párr. 245.

la posición mayoritaria, en el caso *Kopf y Schalk vs. Austria* sobre discriminación por orientación sexual por falta de reconocimiento en ese Estado del matrimonio entre personas del mismo sexo. El voto de la mayoría del TEDH en el caso *Kopf y Schalk vs. Austria* sostiene que no existe aún consenso en el derecho europeo sobre la falta de habilitación para el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Aplica el margen de apreciación de los Estados para dejar de examinar si la no inclusión del matrimonio igualitario en el derecho común austríaco, que aún no habilita el matrimonio entre dos personas del mismo sexo⁶³, es discriminatorio⁶⁴.

⁶³ Caso *Schalk y Kopf vs. Austria*. TEDH, 24/06/2010, El Tribunal en su posición mayoritaria concluye que no hubo violación del derecho al matrimonio por parte del Estado austríaco. En este punto, es más convincente el voto en disidencia de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens, quienes critican a la posición mayoritaria en tanto no analizaron si en el caso el Gobierno austríaco había incurrido en un accionar discriminatorio, evadiendo la cuestión a través del reconocimiento al Estado de un margen de apreciación. Los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens sostienen que en tanto el Estado no dio argumento para sostener el trato desigual, entonces, no sería posible escudarse en el margen de apreciación, “de hecho, sólo en caso de que las autoridades nacionales ofrezcan fundamentos de justificación, la Corte puede interpretar, teniendo en cuenta la presencia o la ausencia de un enfoque común [entre las legislaciones de los estados partes], que están mejor ubicados que ella para tratar eficazmente la cuestión”, párr. 8. *Queda claro que el margen de apreciación de los Estados no es una razón de peso suficiente para justificar una diferencia de trato ni menos aún para ser la primera y única ratio*. v. Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M., “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, *La Ley*, 2010; Hodson, L., “A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria”, *Human Rights Law Review*, 11, 1, 2011; Lau, H., “Rewriting Schalk and Kopf: shifting the locus of deference”, en Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, pág. 251.

⁶⁴ Examina la cuestión del derecho a contraer matrimonio, art. 12 CEDH, Bribosia, E. *et al.*, “Same-Sex Marriage. Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the U.S. Experience”, *Berkeley Journal of International Law*, 32, 1, 2014.

De regreso al caso Atala, encontramos que el Estado chileno argumentó que no existía consenso entre los derechos de los Estados del SIDH sobre la orientación sexual como una categoría de discriminación prohibida. El Estado chileno utiliza aquí la estrategia argumentativa del TEDH: si falta consenso entonces existe un margen de apreciación para los Estados de la región. Adelantamos: esta estructura argumentativa presenta dos problemas. El primero interno a la misma estructura: ¿cómo se calculan los consensos? ¿Cuántas convergencias de prácticas se requiere para hablar de consenso? ¿Es una cuestión aritmética o basta con que se trate de una tendencia? El segundo problema es el más importante y ataca la legitimidad del uso de la estructura argumentativa: no se trata de la mera acumulación de adhesiones (cuestión de hecho) sino de por qué debe aceptarse —o no— esa falta de convergencia de prácticas como algo común y, a su vez, como un argumento de peso para justificar un trato desigualitario, en última instancia esa era la cuestión que se estaba debatiendo.

La Corte IDH debilita con *buenas razones*, en forma concisa y clara, el argumento de la falta de consenso alegado por el Estado chileno. La Corte IDH le marca al Estado un salto argumentativo en su razonamiento: porque aun cuando existan normas y prácticas discriminatorias al interior de los Estados, de ahí no se sigue que estas deban ser. Es decir, la interpretación de la CADH es una cuestión normativa de deber ser en la que hay que argumentar y justificar⁶⁵.

No se trata solo de verificar adhesiones o no a determinadas instituciones o interpretaciones, sino de argumentar. Es decir, de dar razones de por qué o no esas prácticas que se verifican o no en los Estados de la región deben ser consideradas como relevantes en la argumentación para examinar si el Estado cumplió o no con las obligaciones de respetar, garantizar y proteger. Esta última es la posición

⁶⁵ V. Letsas, G., “The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and Legitimacy”, en Ulfstein, G., Follesdal, A. *et al.* (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, sobre la interpretación de una convención de derechos humanos desde la teoría interpretativa del ‘moral reading’ propuesta por Dworkin.

acertada que toma la Corte IDH cuando contesta al Estado de Chile y afirma que esta es una cuestión de obligaciones y, así, se niega a aplicar el llamado margen de apreciación de los Estados:

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... El hecho de que esta 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 Americana⁶⁶.

En suma, no existe margen de apreciación de los Estados para discriminar por orientación sexual. Nuevamente la discriminación por orientación sexual está proscripta como concluye la Corte IDH⁶⁷.

V. El efecto boomerang en el uso del argumento de derecho comparado

Cuando se abre la puerta del uso de derecho comparado aparece la tentación del efecto “combo”. Si se aplicó cierta jurisprudencia del TEDH, por qué no aplicar otra. O acaso se trata de seleccionar del cajón de las frutas las que más me gustan y dejar las que me disgustan (llamado “*cherry picking*”). De hecho, de la jurisprudencia del TEDH surge la estructura de la combinación argumentativa alegada por el

⁶⁶ Caso Atala, párr. 92.

⁶⁷ Caso Atala, párr. 91.

Estado chileno. El argumento de derecho comparado⁶⁸ con el llamado “margen de apreciación” de los Estados.

Esta relación no se da en forma contundente en la jurisprudencia de la Corte IDH. Este juego argumentativo, frecuente en la jurisprudencia del TEDH, ha ocasionado acaloradas disputas en la academia europea⁶⁹. Como en forma clara y sintética lo ilustra Marisa Iglesias: por un lado, se la ha criticado por su uso estratégico y sin ánimo de construir una teoría coherente que dote de previsibilidad a su aplicación y evite a su vez las incoherencias; por su uso como una carcasa para obturar la argumentación de por qué una acción o una omisión estatal es violatoria o no de un derecho; por otro lado, se la ha defendido porque posibilita la flexibilidad argumentativa del TEDH para la construcción de la aceptabilidad de sus sentencias por los Estados y por permitir mostrar la pluralidad europea⁷⁰.

El peor de los escenarios se podría manifestar si la Corte IDH hiciera uso de una suerte de préstamo descontextualizado. Existe un diálogo jurisprudencial fluido entre ambos tribunales. Esto se vislumbra, por ejemplo, en las recepciones cruzadas que hacen de sus respectivas jurisprudencias en la resolución de los casos; como así también en el intercambio que se produce entre ambos tribunales por

⁶⁸ Sobre los (nuevos) usos del argumento de derecho comparado por los tribunales, Wendel, M., *op. cit.*; Bobek, M., *op. cit.*

⁶⁹ Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford UP, 2012; Rivers, J., “Proportionality and Discretion in International and European Law”, en Tsagourias, N. (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge UP, 2007, pág. 107; Yutaka, A.-T., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2001; Valiña, L., “El margen de apreciación de los estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en Courtis, C. (ed.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, del Puerto, 1997.

⁷⁰ V. Iglesias Vila, M., “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, 2013, www.law.yale.edu, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf.

medio de estancias de prácticas profesionales cruzadas que el personal de apoyo de uno de esos tribunales realiza en el otro⁷¹. Hasta aquí no hay advertencia y esto parece ser parte del fenómeno del llamado “diálogo jurisprudencial” entre diferentes tribunales.

La advertencia surge si se pierden de vista *los contextos de los casos* que resuelve cada tribunal. El TEDH y la Corte IDH son dos tribunales regionales de protección de los derechos humanos, esta es una similitud obvia⁷². Sin embargo, la metodología de aplicación de los derechos no es similar. En el TEDH está estandarizado el uso del examen de proporcionalidad. En la Corte IDH se empieza a aplicar con mayor frecuencia a partir de fines del SXX, pero no es (ni debe ser) el método único de resolución de los conflictos entre derechos⁷³. ¿A qué se debe esta diferencia? Esto obedece a los tipos de casos que llegaron a la Corte IDH, los cuales responden a la historia del sistema. Si bien la hipótesis referida a los tipos de casos fue anunciada en otros trabajos⁷⁴, no fue explorada en relación con la conjunción argumentativa conformada por: el examen de proporcionalidad, el margen de apreciación y el argumento de derecho comparado.

El sistema interamericano cobra legitimidad por investigar y condenar a los Estados respecto de violaciones masivas a los derechos humanos⁷⁵

⁷¹ Esto surge de entrevistas informales que mantuve con informantes claves a los efectos de bosquejar el proyecto en el que se enmarca el presente artículo.

⁷² Sobre los casos similares en los estudios de derecho comparado, Hirschl, R., “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”, *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005.

⁷³ V. Burgourgue-Larsen, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12, 1, 2014; Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Capaldo, G., Clérico, L. et al. (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012b.

⁷⁴ Harris, D. J. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights* Clarendon Press, Oxford, 1998.

⁷⁵ Sobre la historia del sistema, v. Burgourgue-Larsen, L. y Ubeda de Torres, A. (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary* Oxford UP, Oxford, 2011; Pasqualucci, J., *The Practice and Procedure of the*

en los que no corresponde otorgar a los Estados perpetradores ningún margen de apreciación. Estos casos responden a un “patrón tradicional” de violación de los derechos⁷⁶. En los “casos tradicionales” el modelo de aplicación dominante fue el de la subsunción. Los hechos de estos casos conforman “un patrón tradicional” de violación de los derechos. Se trata de un accionar estatal, generalmente, por acción comisiva que implica violaciones claras y extremadamente graves a la dignidad y/o el derecho a la vida y/o a la integridad. Se trata en fin de desaparición forzada de personas, de ejecuciones arbitrarias, de detenciones arbitrarias, de violación al debido proceso y derecho de defensa en contextos de dictaduras militares o de gobiernos democráticos que por acción u omisión permiten ese accionar de fuerzas de seguridad estatales o paraestatales. Estos casos pueden ser caracterizados también como casos fáciles (no por ellos menos trágicos). Las violaciones caen sin problemas de interpretación de normas ni de hechos en el antecedente de la norma⁷⁷. En todo caso lo difícil es hallar o preservar parte de la prueba, por ejemplo, la vida de los testigos como ejemplos de supuestos extremos. Estos casos predominantes en la década de los 80 y 90 no han dejado de llegar a la Corte IDH, sino que en todo caso ha cambiado su modalidad.

Sin embargo, con mayor frecuencia llegan a la Corte IDH casos que develan un “patrón nuevo”⁷⁸, son casos que hablan de conflictos entre derechos⁷⁹ reconocidos en la misma Convención: ambos aspiran al mayor desarrollo posible y no soportan la realización del otro en el espacio de convergencia en que chocan. Al respecto, el

Inter-American Court of Human Rights, Cambridge, Cambridge UP, 2006; Pinto, M., *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, del Puerto, 2008.

⁷⁶ En este sentido el caso paradigmático sigue siendo “Velázquez Rodríguez”, v.: <http://www.corteidh.or.cr/>

⁷⁷ Legg, A., *op. cit.*

⁷⁸ *Cfr.* voto concurrente de García Ramírez, en caso Tibi vs. Ecuador, Corte IDH, 2004, párr.7-9.

⁷⁹ Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*

caso paradigmático es “Kimel”⁸⁰ como conflicto entre el derecho a la libertad de expresión de un historiador-periodista y el interés de un ex juez de proteger su derecho a la honra frente a la crítica recibida por su actuación. La Corte resuelve el conflicto “a través de un juicio estricto de proporcionalidad”⁸¹. Esta es la fórmula de la proporcionalidad desarrollada especialmente por la dogmática alemana y que la Corte IDH adopta como fórmula en su jurisprudencia⁸², por lo menos, en la que va desde “Kimel”⁸³. En el conjunto de estos nuevos casos aparecen los relacionados con las nuevas demandas de igualdad: por género, orientación sexual, por situación de discapacidad, de migración, entre otros. Estos casos hablan de desigualdades de trato profundas. La novedad de los casos no está dada porque no existieran como injusticias en la región, sino que recién a partir del 2000 se hacen visibles para la Corte IDH por los casos que le empieza a mandar la Comisión IDH para que resuelva. Merced a estos casos la Corte IDH se encuentra desarrollando el examen de igualdad en la modalidad del principio antidiscriminatorio, de la desigualdad estructural por falta de distribución y reconocimiento; de la desigualdad indirecta.

⁸⁰ “Kimel, Eduardo v. República Argentina”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02/05/2008.

⁸¹ Para resolver el caso concreto la Corte IDH aplica el examen de proporcionalidad y sus tres subexámenes, el de idoneidad, el de medios alternativos y el de proporcionalidad en sentido estricto. Kimel, *op. cit.*, párr. 58.

⁸² Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*; Nogueira Alcalá, H., “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, 9, 1, 2011; Cayuso, S., “Corte Interamericana de Derechos Humanos. El principio de legalidad y el principio de razonabilidad”, *Jurisprudencia Argentina*, III, 2008.

⁸³ Antes usaba el examen en la versión del examen de razonabilidad, por ejemplo, v. Corte IDH, Opinión Consultiva sobre colegiación de periodistas: esta fórmula de razonabilidad se parece más al *test* del escrutinio estricto que al examen de proporcionalidad en sentido amplio. Aunque ver retroceso en *Mémoli vs. Argentina*, Corte IDH (2013).

En esta nueva línea jurisprudencial de casos, cada vez más frecuente, se aplica el examen de proporcionalidad o el examen de igualdad. Por ahora no ha sido frecuente su combinación con el llamado margen de apreciación estatal⁸⁴; no ha sido frecuente que la Corte IDH se plantee como problema qué tan deferente o no debe ser al desarrollo normativo e interpretativo sobre los derechos que se están dando en cada uno de los Estados de la región en los casos concretos. Reiteramos: esto se debió al tipo de violaciones de derechos humanos que resolvió, y esta inercia perdura aún hoy en la forma en que se encara el tratamiento de los casos nuevos⁸⁵.

Sin embargo, de cara a los procesos (en diferentes grados) de consolidación de la democracia en la región⁸⁶, algunos Estados alegan que se les reconozca un margen de apreciación para el desarrollo interpretativo de los derechos. Este argumento es recurrente en la jurisprudencia del TEDH y su aplicación en relación con el examen de proporcionalidad e igualdad es variada y confusa⁸⁷. Asimismo, en algunos contextos de casos emerge en relación con el argumento de derecho comparado. El TEDH se pregunta cuál es el desarrollo normativo que ha tenido un derecho en cada uno de los Estados de la región, si encuentra una suerte de mínimo común denominador; resulta, ni más ni menos, el llamado “derecho común europeo”. Entonces, basándose en una suerte de “consenso normativo” se siente más legitimado, por ejemplo, para reducir (según el caso) el margen de apreciación del Estado demandado y aplicar un examen de proporcionalidad intensivo. Si no fuera el caso, entonces es probable que le reconozca un mayor margen de apreciación al Estado

⁸⁴ Legg, A., *op. cit.*

⁸⁵ V., sin embargo, *Mémoli vs. Argentina*, Corte IDH (2013).

⁸⁶ Gargarella, R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, 2013, www.law.yale.edu, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf; Spano, R., “Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Journal*, 14, 3, 2014.

⁸⁷ V. Legg, A., *op. cit.*; García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra, Civitas-Thomson Reuter, 2010; Iglesias Vila, M., *op. cit.*

demandado y no desarrolle el examen de proporcionalidad e igualdad en su plenitud argumentativa. Este juego de relaciones no siempre es claro, en algunos casos parece usarlo de forma estratégica ocultando los criterios de aplicación. Razón por la que ha sido objeto de análisis y crítica de la academia.

Aquí aflora la advertencia y el último paso argumentativo de este trabajo. Dado el fenómeno de diálogo entre ambos tribunales, puede ser probable que la Corte IDH en algunos casos se sienta tentada de copiar esta relación argumentativa entre examen de proporcionalidad/igualdad, margen de apreciación y argumento de derecho comparado como se desarrolla en la jurisprudencia del TEDH (que reiteramos en algunos casos es utilizada por razones estratégicas para no proseguir con el desarrollo argumentativo que amerita la cuestión del caso, lo que implica un claro déficit de argumentación). Por ello, se justifica explorar la relación entre la aplicación del examen de proporcionalidad y de igualdad, el margen de apreciación estatal y el argumento de derecho comparado en la jurisprudencia del TEDH⁸⁸ y en la jurisprudencia de la Corte IDH para establecer similitudes y diferencias. Todo ello para justificar por qué la Corte IDH tiene que sostener una actitud de alerta argumentativa para no perecer frente a la tentación de la copia irreflexiva de una estrategia de evasión argumentativa. La Corte IDH dio pruebas de no haber sucumbido frente a la primera tentación presentada por el Estado chileno en el caso Atala. Respondió con muy buenas armas argumentativas a este embate, con el estándar que Parra Vera y Huber logran sintetizar bajo la exigencia

⁸⁸ En el ámbito del sistema europeo de derechos humanos estudian esta relación, entre otros: Helfer, L.R., “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, 23, 1, 199; Benvenisti, E., “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, *Journal of International Law and Politics*, 31, 4, 1999; Murray, J. L., “Consensus: Concordance, or Hegemony of Majority”, *Dialogue between judges*, Strasbourg, European Court of Human Rights and Council of Europe, 2008; Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford UP, 2009; Dzehtsiarou, K., “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, 12, 10, 2011.

de “una argumentación lo más rigurosa y exhaustiva posible”⁸⁹. La Corte IDH no evade justificar⁹⁰ por qué no debe reconocer al Estado

⁸⁹ Parra Vera, O. y Huber, F., “Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso Atala Riffo y Niña”, en von Bogdandy, A., Piovesan, F. *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.

⁹⁰ El/la evaluador/a anónimo me propone un tema que debería abordarse en el artículo y que resume en las siguientes preguntas: “¿cuál debe ser el rol de un tribunal regional de derechos humanos? ¿Debe funcionar como una especie de tribunal constitucional regional? ¿Debe tener un rol más subsidiario?” Interpreta que la conveniencia o inconveniencia de algunos de los usos del derecho comparado que identifiqué en el trabajo exige previamente responder la pregunta sobre el papel del tribunal en la región. “La crítica al argumento de la deferencia basada en la falta de consenso presupone una cierta concepción de un tribunal de derechos humanos regional.” El tema es interesante; sin embargo, disintimos en cuanto al enfoque. Mi acercamiento a los usos del derecho comparado es en relación con el problema que encierra el caso. Es un acercamiento desde el problema. En este caso la cuestión de discriminación. *Desde allí* identifiqué las funciones con las que el tribunal utiliza el argumento de derecho comparado. Mi objetivo en este trabajo no es desarrollar en profundidad el papel que debe jugar el tribunal en el uso de derecho comparado *en general y abstracto*. Mi enfoque sostiene la *perspectiva del problema*. El/la evaluadora parece presuponer en su pregunta otro enfoque, uno más top-down (por llamarlo de algún modo), es decir, pretende que primero se desarrolle una teoría del papel del tribunal en la región y que desde ahí se juzgue la conveniencia o inconveniencia del uso del argumento de derecho comparado. Insisto este no es el enfoque escogido. A pesar de ello, no evado trabajar *en relación con el problema* el papel del tribunal en la región. Existen diversas propuestas sobre el papel de la Corte IDH en la región, sobre cómo pensar las relaciones entre el sistema constitucional de los Estados y la Corte IDH. Así, se habla de un papel “subsidiario” de la Corte IDH, o uno “complementario” o uno interactivo (retroalimentación) [Nash Rojas, C., “Relación entre el sistema constitucional y el sistema internacional en materia de derechos humanos”, en Capaldo, G., Clérico, L. *et al.* (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012]. Sostengo en el trabajo que la Corte IDH debe considerar los desarrollos legislativos y jurisprudenciales de la región; sin embargo, la mayor o menor convergencia de esos desarrollos no es por sí sola un argumento para justificar que el tribunal

chileno un margen de apreciación y por qué la falta de consenso sobre la materia no puede alegarse con éxito para evadir el cumplimiento de la obligación de no-discriminación en perjuicio del colectivo LGBTTI. Veamos. No hay margen de apreciación de los Estados en el caso (aunque no haya consenso en las prácticas de los Estados) porque: a) la orientación sexual de las personas es una cuestión central de la construcción de la identidad⁹¹; b) por el ejercicio del derecho a la construcción de la identidad desde orientaciones sexuales que no encajan con la dominante, las personas del colectivo LGBTTI han sido discriminadas histórica y estructuralmente⁹² y las consecuencias de esas prácticas persisten en la actualidad⁹³ incluso bajo el uso de estereotipos⁹⁴, c) el colectivo LGBTTI no se encuentra en igualdad de condiciones para desterrar las prácticas discriminatorias en el ámbito legislativo, judicial, laboral, entre otros.

En suma, aquí la Corte IDH empieza a andar los pasos de la construcción de una teoría integrada de la tensión que implica el uso del argumento de derecho comparado combinado con la pretensión estatal de que se le reconozca un margen de apreciación para interpretar la CADH y las consecuentes obligaciones que surgen de ellas. Las primeras puntadas de esta teoría en construcción contienen tres elementos y en clave de abstracción dice: la doctrina del margen

evada tratar las sinrazones del supuesto de discriminación. Supongo en este trabajo un rol dialógico (de interacción) de la Corte IDH en la región que bajo ningún supuesto puede implicar evadir la argumentación.

⁹¹ Caso Atala párr. 57 con cita de *Clift vs. Reino Unido* y del caso *Salgueiro da Silva Mouta*.

⁹² Caso Atala, párr. 267.

⁹³ El ejercicio de su identidad sexual les cuesta la vida, la integridad física o psíquica, la reducción de las posibilidades de trabajo o la pérdida del trabajo, para un mayor detalle v. las citas al pie de página en el párr. 92 del Caso Atala con referencia a informes de la ONU. Además, prueba de las consecuencias que la discriminación alcanza en el caso de la Sra. Atala es que le quitan la tenencia de sus hijas porque empezó a convivir con una mujer (no hubiese ocurrido lo mismo si su pareja hubiese sido un varón); en fin, Atala es “sancionada” porque su orientación sexual no responde a la dominante.

⁹⁴ Caso Atala, párr. 92.

de apreciación combinada con la falta de consenso de las prácticas comparadas del estado de la región no es aplicable en los casos en que se trata: a) de una restricción intensiva a los derechos por referirse a una cuestión central del plan de vida de una personas, de su orientación sexual o identidad y b) por el ejercicio de ese derecho las personas son discriminadas en forma histórica y estructural y c) esto repercute en desmedro de las posibilidades reales de participación para desterrar esa discriminación contra el colectivo. Estos tres elementos hablan de una combinación potente para derrotar el uso estratégico del margen de apreciación: derechos, más igualdad, más democracia⁹⁵. Por supuesto, desarrollar esta teoría integrada no es una tarea sencilla. Incluso requiere un desarrollo pormenorizado en relación con el derecho y/o faz de la igualdad que se encuentre restringido. Sin embargo, consideramos que están dadas las primeras puntadas.

VI. Conclusiones

En general, la Corte IDH en el caso Atala realiza un examen de igualdad desde la concepción del principio antidiscriminatorio, en dos pasos. El uso de la orientación sexual para discriminar en desmedro de las personas del LGBTTI está prohibido en forma definitiva por la Convención. Respecto de lo que resta de la argumentación desplegada por el Estado, estas deben ser sometidas a un 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

⁹⁵ El/la evaluador/a anónimo/a apunta que no queda claro si critico el argumento de la “falta de consenso” en general o solamente aplicado a casos de discriminación. Continúa sosteniendo que: “[si la crítica está limitada a los supuestos de discriminación, le parece que] está muy bien fundamentada. Pero si la crítica pretende ser más amplia me genera algunas dudas. La idea de que debe haber menos deferencia cuando existe un cierto consenso general respecto de la interpretación de los alcances de un derecho me parece una idea acertada si uno parte de la premisa de que el rol de un tribunal de derechos humanos es subsidiario.” En este trabajo me limito a los supuestos de discriminación. Poner a prueba mi hipótesis en relación con otros supuestos forma parte de un proyecto de largo aliento y de futuros trabajos.

normas que discriminan por la orientación sexual en desmedro de las personas LGBTTI. En el desarrollo de este doble estándar la Corte IDH utiliza el argumento de derecho comparado con dos sentidos que puede presentar tensiones. La Corte IDH enfrenta en el caso la tensión respondiendo con razones, aplicando —insistimos— lo que Parra Vera y Huber proponen llamar “una argumentación lo más rigurosa y exhaustiva posible”⁹⁶.

Sin embargo, siguen aun siendo muy poco explorados los usos del argumento de derecho comparado por la Corte IDH. ¿Se interpreta la Corte IDH como parte de una comunidad ampliada que comparte la importancia del respeto por los derechos humanos y el principio anti-discriminatorio?, ¿esa comunidad estaría conformada, entre otros, por los órganos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos? ¿Puede ser caracterizada como una comunidad de habla? ¿La pertenencia a esa comunidad implica dialogar con los argumentos que circulan en esos espacios? ¿Cuál es la relevancia que adquiere en esta circulación el precedente que produce el sistema europeo, el sistema de protección universal, los tribunales de los Estados del Sistema Interamericano, entre otros? ¿Cuáles son los criterios desarrollados por la Corte IDH para seleccionar, procesar, interpretar, aplicar el precedente del TEDH y a la inversa? ¿Qué lugar ocupa o debería ocupar la historia del SIDH en esa comunidad de habla? ¿Es esa especificidad del SIDH relevante para desalentar la recepción como una suerte de combo de la relación argumentativa del margen de apreciación más el derecho común europeo por la Corte IDH en tanto ha sido utilizada para evadir la justificación de una sentencia? ¿Necesitamos una teoría integrada del uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH que sea consciente de las tensiones que plantean sus usos diversos?

⁹⁶ Parra Vera, O. y Huber, F., *op. cit.*

Bibliografía

- Arango, R., “Constitucionalismo Social Latinoamericano”, en von Bogdandy, A., *et al.* (eds.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México U.N.A.M, 2012.
- Barak, A., “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy”, *Harvard Law Review*, 116, 2002.
- Benvenisti, E., “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, *Journal of International Law and Politics*, 31, 4, 1999, págs. 843-854.
- Bobek, M., *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, Oxford UP, 2013.
- Böhmer, M., “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, en Gargarella, R. (ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires Abeledo-Perrot, 2008.
- Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting judgments of the ECHR*; Cambridge, Cambridge UP, 2013.
- Bribosia, E., *et al.*, “Same-Sex Marriage - Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the U.S. Experience”, *Berkeley Journal of International Law*, 32, 1, págs. 1-43, 2014.
- Burgourgue-Larsen, L., *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa, 2013.
- Burgourgue-Larsen, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12, 1, págs. 105-161, 2014.
- Burgourgue-Larsen, L. y Ubeda de Torres, A. (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary*, Oxford, Oxford UP, 2011.
- Cayuso, S., “Corte Interamericana de Derechos Humanos. El principio de legalidad y el principio de razonabilidad”, *Jurisprudencia Argentina*, III, pág. 264, 2008.

- Choudhry, S., “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal*, 74, 3, 1999, págs. 819-892.
- Clérico, L., “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Clérico, L., “Impacto del caso Atala. Posibilidades y perspectivas”, en von Bogdandy, A., et al. (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012a.
- Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Capaldo, G., et al. (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012b.
- Contesse, J., “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, <http://www.law.yale.edu>, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf.
- Dzehtsiarou, K., “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, 12, 10, 2011, págs. 1730-1745.
- Dzehtsiarou, K. y Lukashevich, V., “Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 30, 3, 2012, págs. 272-298.
- Filippini, L., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, 2007, págs. 191-202.
- Fraser, N., *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008.
- García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra, Civitas-Thomson Reuter, 2010.

- Gargarella, R., “Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Transplantes Constitucionales en América”, <http://www.law.yale.edu>, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella_Spanish_.pdf.
- Gargarella, R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, 2013, <http://www.law.yale.edu>, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf.
- Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Glensy, R. D., “Which Countries Count?: Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority”, *Virginia Journal of International Law*, 45, 2005, págs. 357-449.
- Góngora Mera, M., *Inter-American Judicial Constitutionalism*, San José de Costa Rica, IIDH, 2011.
- Harris, D. J. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*; Oxford, Clarendon Press, 1998.
- Helfer, L. R., “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, 23, 1, 1993, págs. 133-166.
- Hiller, R., “Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Hirschl, R., *Toward Juristocracy*, Cambridge, Mass., Harvard UP, 2004.
- Hirschl, R., “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”, *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005.
- Hodson, L., “A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria”, *Human Rights Law Review*, 11, 1, 2011, págs. 170-179.
- Iglesias Vila, M., “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, 2013, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf.

- Jackson, V., “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, 119, 2005, págs. 109-128.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M., “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, *La Ley*, 2010, págs. 3-17.
- Lau, H., “Rewriting Schalk and Kopf: shifting the locus of deference”, en Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge Cambridge UP, 2013, págs. 243-264.
- Law, D., “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”, *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 4, 2015, págs. 927-1036.
- Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford UP, 2012.
- Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford UP, 2009.
- Letsas, G., “The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and Legitimacy”, en Ulfstein, G., et al. (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge Cambridge UP, 2013, págs. 106-141.
- Menajovsky, S., “El Derecho a la Identidad de Género en Argentina: Su contexto, originalidad y necesidad de su difusión global”, 2014, <http://www.law.yale.edu>, <http://www.law.yale.edu/intellectuallife/18360.html>.
- Meuwese, A. y Snel, M., “Constitutional Dialogue: An Overview”, *Utrecht Law Review*, 9, 2, 2013, págs. 123-140.
- Morales Antoniazzi, M., “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, en von Bogdandy, A., et al. (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*, México U.N.A.M., 2013.
- Murray, J. L., “Consensus: Concordance, or Hegemony of Majority”, *Dialogue between judges*, Strasbourg European Court of Human Rights and Council of Europe, 2008.

- Nash Rojas, C., “Relación entre el sistema constitucional y el sistema internacional en materia de derechos humanos”, en Capaldo, G., *et al.* (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- Neumann, G., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, 19, 1, 2008, págs. 101-123.
- Nogueira Alcalá, H., “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, 9, 1, 2011, págs. 119-156.
- Parra Vera, O. y Huber, F., “Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso Atala Riffo y Niña”, en von Bogdandy, A., *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, págs. 167-208, 2012.
- Pasqualucci, J., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge UP, 2006.
- Pecheny, M. y de la Dehesa, R., “Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Pinto, M., *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, del Puerto, 2008.
- Piovesan, F., “Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos europeo e interamericano”, en von Bogdandy, A., *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012, págs. 1-26.
- Puga, M. y Lanusse, M., “El regreso del Búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras ‘otras’ preguntas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 1, 2009, págs. 171-209.

- Rivers, J., “Proportionality and Discretion in International and European Law”, en Tsagourias, N. (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge UP, 2007.
- Ronconi, L. y Aldao, M., “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”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 3, 2011, págs. 262-276.
- Rosenkrantz, C., “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, págs. 269-295.
- Saba, R., “El Principio de Igualdad en el Diálogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, G., et al. (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- Saunders, C., “Judicial Engagement with Comparative Law”, en Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham/Northampton Edward Elgar Publishing, 2011, págs. 571-598.
- Spano, R., “Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Journal*, 14, 3, 2014.
- Teitel, R., *Transitional Justice*, New York, Oxford UP, 2002.
- Timmer, A., “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 11, 4, 2011, págs. 707-738.
- Tushnet, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton UP, 2008.
- Valiña, L., “El margen de apreciación de los estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en Courtis, C. (ed.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, del Puerto, 1997, págs. 173-198.

- von Bogdandy, A., “Founding Principles”, en von Bogdandy, A. y Bast, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, págs. 11-54.
- von Bogdandy, A., et al., *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.
- von Bogdandy, A., et al. (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos*, México, U.N.A.M., 2014.
- von Opiela, C., “Los mismos derechos con los mismos nombres. Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y en el mundo”, en Solari, N. y von Opiela, C. (eds.), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26618*, Buenos Aires La Ley, 2011, págs. 133-160.
- Wendel, M., “Comparative Reasoning and the Making of a Common Constitutional Law: EU-related Decisions of National Constitutional Courts in a Transnational Perspective”, *International Journal of Constitutional Law*, 11, 4, 2013, págs. 981-1002.
- Wildhaber, L., et al., “No Consensus On Consensus? The Practice Of The European Court Of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, 33, 7-12, 2013, págs. 248-263.
- Yutaka, A.-T., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2011.