

Laura Clérico 

Discriminación por orientación sexual y derechos de la seguridad social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).
¿Una historia de divergencias?

Discrimination Based on Sexual Orientation and Social Security Rights in the Case Law of the IACtHR and the ECtHR. A Tale of Divergences?

Discriminação com base em orientação sexual e direitos previdenciários na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e da Corte Européia de Direitos Humanos (TEDH). Uma história de divergências?

Agradecimientos: Agradezco a Martín Aldao y a Celeste Novelli la lectura atenta, las críticas, los comentarios y sugerencias. Los errores me pertenecen.

Resumen: Desde hace unos años los sistemas de protección universal y regional de derechos humanos convergen en la extensión de las causales de prohibición de discriminación como en el caso de la orientación sexual. Sin embargo, un estudio micro de las similitudes y divergencias en el examen de igualdad por trato diferenciado por orientación social en el acceso a los derechos de la seguridad social, demuestran las divergencias entre la Corte IDH y el TEDH. Así este trabajo sostiene que el TEDH asume un enfoque incrementalista condicionado para el reconocimiento de derechos de las personas LGBTI frente al enfoque categórico de la Corte IDH como speed adopter. La falta de consenso europeo fáctico sobre el reclamo y la concesión de un amplio margen de apreciación estatal ganan primacía frente al examen de igualdad en el ámbito del TEDH. Mientras que la

 Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA); LLM y Doctora en Derecho (Universität Kiel). Profesora de Derecho Constitucional (UBA) y Profesora Honoraria de Derecho Constitucional Comparado y Protección de Derechos Humanos (FAU, Univ. Erlangen/Nürnberg). Investigadora CONICET. ORCID: 0000-0001-5037-4543

 laura.clerico@fau.de

Corte IDH aplica un examen de igualdad intensivo si el trato diferenciado se basa en la orientación sexual de las personas aunque no exista consenso interamericano en el tema. El artículo concluye así diferenciando dos tipos de enfoques de adjudicación en derechos humanos.

Palabras clave: *Derechos Humanos, orientación sexual, discriminación, TEDH, Corte IDH, derechos seguridad social, incrementalismo, consenso europeo, consenso interamericano.*

Abstract: *For some years now, universal and regional human rights protection systems converge in the extension of the grounds for prohibiting discrimination, as in the case of sexual orientation. However, a micro-study of the similarities and divergences in the equality test for differentiated treatment by social orientation in the access to social security rights, demonstrate the divergences between the Inter-American Court and the ECtHR. Thus, this paper argues that the ECHR assumes a conditioned incrementalist approach regarding the recognition of LGBTI rights against the categorical approach of the Inter-American Court as a speed adopter. The lack of a factual European consensus on the claim and the granting of a wide margin of state appreciation gain primacy in the face of the equality test in the ECtHR. On the contrary, the IACtHR applies an examination of intensive equality if the differential treatment is based on the sexual orientation of the persons although there is no Inter-American consensus on the subject. The article concludes thus differentiating two types of human rights adjudication approach.*

Keywords: *Human Rights, Sexual Orientation, Discrimination, ECtHR, IACtHR, Social Security Rights, Incrementalism, European Consensus, Interamerican Consensus.*

Resumo: *Há alguns anos, sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos convergem na extensão dos motivos para a proibição da discriminação, como no caso da orientação sexual. Entretanto, um microestudo das semelhanças e divergências no teste de igualdade para tratamento diferenciado por orientação social no acesso a os direitos previdenciários demonstra as divergências entre a Corte Interamericana e a CEDH. Assim, este artigo argumenta que a CEDH adota uma abordagem incrementalista condicionada em relação a o reconhecimento dos direitos LGBTI contra a abordagem categórica da Corte Interamericana como uma dotante de velocidade. A falta de um consenso europeu factual sobre a reivindicação e a concessão de uma amplamargem de apreciação do estado ganham primazia diante do teste de igualdade na CEDH. Embora a Corte Interamericana aplique um exame de igualdade intensiva, se o tratamento diferenciado for baseado na orientação sexual das pessoas, embora não haja consenso interamericano sobre o assunto. O artigo conclui, assim, diferenciando dois tipos de abordagem de adjudicação de direitos humanos.*

Palavras-chave: *Direitos Humanos, Orientação sexual-Discriminação- TEDH Corte IDH derechos da segurança social. Incrmentalismo, Consensu Europeu, Consensu Interamericano.*

Recibido: 20190105

Aceptado: 20190502

Desde hace unos años los sistemas de protección universal y regional⁽¹⁾ de derechos humanos vienen extendiendo con razón las causales de prohibición de discriminación como en el caso de la orientación sexual. En esta línea, de un mapeo general de la jurisprudencia relevante (v. Bogdandy, Piovesán, Morales Antoniazzi, 2012; Abrusci, 2017; Mc Goldrick, 2016) surge que fueron declaradas incompatibles con la respectiva convención normas o acciones que criminalizaban las relaciones entre personas del mismo sexo (Edel, 2015) o que los perjudicaban en sus puestos de trabajo o que le prohibían el derecho de reunión o de asociación o de libertad de expresión o que implicaban tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o no habilitaban ningún tipo de reconocimiento legal a las uniones entre personas del mismo sexo, entre otras (Clérico; Aldao, 2010; Edel, 2015; Johnson; Falcetta, 2018; Johnson, 2018).

Sin lugar a dudas esta jurisprudencia da cuenta que las personas del colectivo LGBTTI se encontraban (se encuentran) en una situación de desigualdad estructural⁽²⁾ por su orientación sexual. En especial, esos avances de la jurisprudencia para desarmar esa desigualdad abrevan en la desigualdad entendida como reconocimiento. La *igualdad como reconocimiento* busca resolver el problema de la formación de las subjetividades apuntando a los déficits que fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes (por ejemplo, aquí las heterosexuales) y dominadas (todas aquellas que difieran de las dominantes/disidentes). La naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros (Fraser, 2008; Clérico; Aldao, 2011). En este sentido proponen la revaluación de subjetividades no respetadas, en nuestro caso, la de los colectivos LGBTTI. Sin embargo, los colectivos LGBTTI no solo padecen la desigualdad por déficit en el reconocimiento sino que ésta también opera en la dimensión de acceso a bienes económicos sociales. Las identidades devaluadas, invisibilizadas o pisoteadas, no se encuentran en igualdad, por ejemplo, en el acceso al mundo del trabajo, en las promociones, en el acceso a los sistemas de salud⁽³⁾, a la educación, entre otros⁽⁴⁾. Un caso claro es el referido al acceso a la pensión por viudez del conviviente sobreviviente. En una parte considerable del mundo el conviviente de sexo opuesto a la persona fallecida,

tiene derecho al acceso a la pensión aún sin encontrarse casado con el difunto. Sin embargo, algo semejante no ocurría para el conviviente del mismo sexo. Recién con el advenimiento de la agenda de matrimonio igualitario los Estados empezaron a agilizar con mayor potencia el reconocimiento de este derecho para el conviviente del mismo sexo. Incluso algunos Estados en donde se encuentra pendiente la inclusión del matrimonio igualitario o las uniones civiles, reconocen el derecho a la pensión por sobrevivencia para el conviviente del mismo sexo que el fallecido. En este artículo analizamos las respuestas que el TEDH y la Corte IDH dieron al reclamo referido al derecho a la seguridad social de las personas del colectivo LGBTI. Nos interesa en especial esta cuestión porque se refiere también al goce efectivo de derechos sociales que se ve restringido por la orientación sexual. Para ello tomamos la jurisprudencia relevante del TEDH y de la Corte IDH para determinar similitudes, diferencias y particularidades en relación a cómo responden ambos tribunales a un problema que no cuenta con mucha jurisprudencia directamente aplicable, por un lado, y por el otro lado, en un caso sobre derechos sociales. Es conocido que ninguna de las dos convenciones ni la europea (CEDH) ni la interamericana (CADH) puso especial énfasis en derechos sociales. Y en comparación menos la europea (Carmona Cuenca, 2017; Mestre, 2016) que la interamericana. En este último caso, contiene específicamente una norma, el artículo 26 CADH, sobre derechos sociales (Courtis, 2014). En ambos tribunales se produjeron desarrollos de reconocimiento jurisprudencial de derechos sociales pero por vía derivada a través del derecho a la vida digna o la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o a través del derecho de propiedad o por las garantías del debido proceso o de la manda de prohibición de discriminación (Carmona Cuenca, 2017; Mestre, 2016). La exigibilidad derivada parece haber experimentado en forma reciente un giro justificado en el contexto interamericano: la Corte IDH viene dictando sentencias desde el año 2017 en las que se reconoce la exigibilidad directa y autónoma de derechos sociales a través del artículo 26 CADH (Morales Antoniazzi; Clérico, 2019). Así la exigibilidad respecto al acceso de los derechos de la seguridad social cobra nuevo ímpetu. Es probable que en el futuro los dos sistemas presenten divergencias aún más profundas. El giro de la Corte IDH hacia la exigibilidad directa de los derechos sociales (Morales Antoniazzi; Clérico, 2019) no se vislumbra en el corto plazo en el TEDH (Carmona Cuenca, 2017).

A los efectos de este trabajo, nos detenemos en el análisis comparado de dos casos, el caso Aldeguer Tomás vs. España del TEDH (2016) y el caso Duque vs. Colombia de la Corte IDH (2016) sobre negativa en el orden interno al acceso a la pensión por viudez del conviviente sobreviviente en razón de su orientación sexual.

Sostenemos que existen fuertes divergencias entre ambos tribunales. La explicitación y análisis de estas divergencias es el centro del texto. En materia de reconocimiento de derechos a las personas LGBTI ambos tribunales divergen en cuanto a a) su *enfoque*: por un lado, el enfoque incrementalista *condicionado* del TEDH en comparación, por el otro lado, con el enfoque *categorico* de la Corte IDH. Para analizar esta divergencia es fundamental analizar cómo b) utilizan el resultado de un ejercicio de derecho comparado (Clérico, 2017). Este argumento es el llamado argumento del consenso europeo en el TEDH (Wildhaber, 2013; Dzehtsiarou, 2015) y el consenso regional en la Corte IDH (Neumann 2008; Clérico, 2012, 2017; Lixinsky, 2017). Por el otro lado, la divergencia se produce c) en la base del examen de igualdad en relación con la categoría o grupo que se selecciona para comparar a los efectos de determinar si las personas LGBTTI se encuentran discriminadas por su orientación sexual en el acceso a la pensión por viudez y en la intensidad del escrutinio de igualdad. En suma, el centro es contrastar el enfoque incrementalista (Gerards, 2018) *condicionado* del TEDH que lo perfila como un *slow adopter* (Johnson, 2018) y el enfoque *categorico* de la Corte IDH que la caracteriza por ser una *speed adopter*. Además, se trata de analizar en forma crítica cómo en el ámbito europeo el margen de apreciación y el argumento de la falta de consenso regional ganan primacía frente al examen de igualdad (Clérico, Aldao, 2018). Todo lo contrario ocurre en la Corte IDH donde el análisis de igualdad intensivo es en materia de derechos del colectivo LGBTTI la primera ratio (Parra; Hubner, 2012; Clérico, 2012, 2017), incluso cuando se trata de derechos sociales.

I. De Duque vs. Colombia (Corte IDH) a Aldeguez Tomás vs. España (TEDH)

El caso Duque vs. Colombia fue resuelto por la Corte IDH el 26 de febrero de 2016. El actor, conviviente supérstite, manifestaba haber sido discriminado por su orientación sexual. Se le había denegado una pensión por viudez tras la muerte de su pareja con la que había convivido hasta su muerte. La Corte IDH encontró que Colombia había violado el derecho a la igualdad ante la ley (art. 24 CADH) y a la no discriminación en perjuicio de Duque por no haberle permitido acceder a la pensión. En aquel momento, la normatividad interna colombiana (López Medina, 2016) disponía que únicamente el cónyuge o conviviente permanente de sexo diferente al del causante tuvieran derecho a la pensión de sobrevivencia. La Corte IDH concedió al Estado que la finalidad que perseguía la norma era legítima: la protección de la familia. Sin embargo, alertó que el trato diferenciado en virtud de la orientación sexual carecía de una justificación objetiva y razonable⁽⁵⁾.

El caso Aldeguez Tomás c. España fue resuelto por el TEDH el 14.06.2016. El actor, conviviente supérstite, manifestaba haber sido discriminado por razón de su orientación sexual. Se le había denegado una pensión de supervivencia tras la muerte de su pareja con la que había convivido de hecho. Durante el tiempo de convivencia, Aldeguez Tomás, no había podido casarse con su pareja en virtud de la legislación vigente que para entonces no reconocía el matrimonio igualitario. En España, el matrimonio igualitario entró en vigor tres años después de la muerte de la pareja del demandante. El TEDH por mayoría concluyó que el Estado no había vulnerado el artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación con el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y artículo 1 del Protocolo n.º 1 (protección de la propiedad) al haberle rechazado la pensión por viudez.

Ambos fallos son sorprendentemente coetáneos. Semejante coetaneidad no es usual. Esto permitió que el TEDH receptara la jurisprudencia similar de la Corte IDH. Sin embargo, esa ventana de oportunidad no fue aprovechada en su totalidad dialógica. La recepción no implicó diálogo expreso que se viera reflejado en el mérito o *legal reasoning* de la sentencia en Aldeguez⁽⁶⁾. En el numeral II de la sentencia del TEDH referida a “Derecho Nacional e Internacional Aplicable y Doctrina Judicial y Administrativa”, le dedica todo el apartado K a “La protección de los derechos humanos del sistema interamericano”. Comienza con una referencia al *leading case* de la Corte IDH Karen Atala Riffo vs. Chile, sobre quita de la custodia de niñas en el caso a una mujer por su orientación sexual, en donde transcribe la parte referida a la protección de las familias en su diversidad. Luego el TEDH, realiza una larga recepción del caso Duque resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 2014. Parece de especial interés para el TEDH el examen de igualdad que aplica la CIDH. Esto teniendo en cuenta que hace una transcripción textual de párrafos del informe de la CIDH. La CIDH aplica un examen estructurado de igualdad con los cuatro pasos del examen de proporcionalidad en sentido amplio con sus sub-exámenes de fin legítimo; idoneidad; medios alternativos menos lesivos y proporcionalidad en sentido estricto (Clérico, 2018). El TEDH se refiere luego y en un solo párrafo al fallo de la Corte IDH en Duque: “El 21 de octubre de 2014, la Comisión Interamericana remitió el caso a la Corte Interamericana. En Duque v. Colombia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C n.º 310), la Corte Interamericana concluyó que Colombia había vulnerado el principio de igualdad y no discriminación, amparado por el artículo 24 de la Convención Americana, puesto en relación con el artículo 1.1 (§ 89-138). Consideró que la exclusión de las parejas homosexuales del derecho a una pensión de viudez con arreglo a la legislación colombiana aplicable en el momento de los hechos (2002) fue discrimi-

natoria por basarse en motivos de orientación sexual. El hecho de que el Tribunal Constitucional declarase la exclusión inconstitucional en 2008 no reparó la vulneración, ya que no estaba claro que conforme a la legislación actual al demandante se le hubiera podido otorgar una pensión de viudedad con efectos retroactivos”. Asimismo, cita dos comunicaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en las que se determinó que los respectivos Estados violaban la prohibición de discriminación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en tanto les denegaban la pensión al conviviente supérstite del mismo sexo que el fallecido⁽⁷⁾. En ambos casos, no se presenta ningún argumento que justificara que la distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión, y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que sí se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. Sin embargo, el TEDH no explica en la parte referida al mérito de la sentencia, “Fundamentos Jurídicos”, en qué medida la jurisprudencia de la Corte IDH y los comunicados del Comité fueron materia de inspiración, de deliberación o debate. En especial, hubiese sido de relevante interés teniendo en cuenta que el centro de esas decisiones es el examen de igualdad.

II. Divergencia: la situación comparable, la intensidad del escrutinio de igualdad

En ambos casos se trata de establecer si la denegación estatal a la pensión por viudez del conviviente supérstite del mismo sexo viola la prohibición de discriminación por orientación sexual. Ambos tribunales coinciden en empezar directamente por el examen de igualdad. Sin embargo, van a diferir en tres puntos fundamentales: a) respecto de la situación comparable, el comparador (o término de comparación); b) respecto del reconocimiento del margen de apreciación y c) respecto del papel que juega el argumento de derecho comparado, en fin, respecto de la intensidad del escrutinio de igualdad. Esta argumentación nos lleva a sostener que ambos tribunales divergen en su enfoque de adjudicación en materia de discriminación por orientación sexual: incrementalismo condicionado (TEDH) vs. enfoque categórico (Corte IDH).

II.1. TEDH: Examen leve de igualdad. Enfoque incrementalista condicionado

Para el TEDH el examen de igualdad incluye, por lo menos estos tres pasos. El trato es discriminatorio si: 1) hay una diferencia de trato de sujetos, 2) en situacio-

nes esencialmente análogas, es decir, en situaciones comparables, y 3) no tiene una justificación objetiva y razonable; si no persigue una finalidad legítima o si no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad que se intenta.

Respecto a la intensidad con que escrutará estas tres preguntas, la argumentación del TEDH es zigzagueante para concluir en el reconocimiento de un amplio margen de apreciación para los Estados. Primero, el TEDH reconoce a los Estados margen para evaluar si las diferencias en situaciones análogas en su defecto justifican un trato diferente y hasta qué punto⁽⁸⁾. Segundo, sin embargo, sostiene que de acuerdo con jurisprudencia constante (‘manifestado de forma repetida’), como “las diferencias basadas en el género, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren “razones particularmente convincentes y onerosas” para justificarlas”⁽⁹⁾. Las diferencias basadas *únicamente* en consideraciones sobre la orientación sexual son inaceptables con arreglo a la CEDH⁽¹⁰⁾. Esto parece indicar que el escrutinio de igualdad debe ser intenso y estricto. Tercero, no obstante, vuelve a sostener el margen de apreciación estatal (Gerards, 2018; Iglesias, 2018; Aldao, 2019), esta vez por tratarse para el TEDH de materia económica o social (Carmona Cuenca, 2017)⁽¹¹⁾: “al Estado se le permite normalmente un amplio margen de discrecionalidad con arreglo al Convenio cuando se trata de medidas económicas o sociales, que están estrechamente vinculadas con los recursos financieros del Estado”⁽¹²⁾. El conocimiento directo por parte de las autoridades de la sociedad y sus necesidades significa que en principio están en supuesta “mejor posición” que el juez internacional para apreciar cuál es el interés público. En este caso, el TEDH respetaría en general la elección del legislador a no ser que “no tenga manifiestamente una base razonable”⁽¹³⁾. Este tercer paso, indicaría entonces que el examen no sería tan estricto. Por último, en este tironeo entre un examen leve y un examen estricto de igualdad; y, a su vez, entre un margen de apreciación amplio para el Estado o nulo o restringido, parece que lo definitorio es el argumento de la existencia o falta de consenso europeo sobre el derecho reclamado. Es decir, el tribunal observa si la mayor parte de los Estados de la región reconocen en sus ordenamientos internos la pensión por viudez para parejas del mismo sexo. Si concluye que falta ese consenso, “... en el ámbito de derechos desarrollados sin un consenso establecido, el Tribunal ha admitido que los Estados deben disfrutar de un margen de discrecionalidad⁽¹⁴⁾ en el momento de introducir los cambios legislativos”⁽¹⁵⁾. Hasta la actualidad el TEDH considera que aún no existe consenso europeo para el reconocimiento del matrimonio igualitario como parte de la interpretación del artículo 12 de la CEDH sobre derecho a casarse, (Johnson; Falccetta, 2018) aunque sí remarque que es un área con un consenso en evolución⁽¹⁶⁾.

En suma, examen de igualdad pero escrutinio no muy exigente. Si bien el TEDH se refiere al margen de apreciación (Gerards, 2018; Iglesias, 2018), lo relevante para avanzar o detenerse en el examen es la inexistencia del consenso europeo. El TEDH sigue considerando al reconocimiento del matrimonio igualitario como una materia de “cuestiones morales sensibles” (Ryan, 2017; Bamforth, 2017). No se atreve a avanzar en estas materias hasta que no exista consenso europeo al respecto (Gerards, 2018). Así, el enfoque de adjudicación de derechos, sería el incrementalismo sujeto a las particularidades del caso (Ragone; Volpe, 2016).

II.2 Sobre el incrementalismo del TEDH

Gerards (2018) ha caracterizado al *incrementalismo* como una estrategia judicial para lidiar con estándares nacionales divergentes. Si el TEDH está en estas aguas “moralmente sensibles” y se refiere a una cuestión relativamente novedosa, entonces actúa en forma muy cautelosa. Cuando avanza en el reconocimiento de derechos los pasos son circunspectos y circunscriptos al caso. Sin embargo, a largo plazo este incrementalismo moderado permitiría reconstruir un sistema de principios y estándares generales para aplicar en otros casos similares, según Gerards, 2018. Este enfoque aplicaría para los casos de imposición a los Estados de obligaciones positivas para proveer reconocimiento legal a las relaciones para parejas del mismo sexo. En otros textos sostuvimos que el problema radica en que el argumento de la falta de consenso europeo fáctico parece ser el regulador de las velocidades (Clérico, 2017). Si no existe consenso, se le deniega a las afectadas el tratamiento en serio de la cuestión de discriminación. Responder que no se escrutará esa base o que se lo hará en forma leve, bajo el manto de la falta de consenso europeo, implica un fuerte déficit argumentativo en materia de derechos humanos (Sjöholm, 2018; Clérico, 2017). La deferencia hacia los Estados basada en la falta de consenso europeo en los Estados de la región, puede implicar la indiferencia del TEDH respecto de la posición de las poblaciones en situación de desventaja estructural (Aldao, 2019; Sjöholm 2018; Shahid 2017; Clérico, 2012, 2017).

II.3. Corte IDH: Examen estricto de igualdad. Evaluación de la justificación material

La CADH proscribire la discriminación en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, tal como lo estableció la Corte IDH en el caso Atala (2012) (v. Bogdandy, Piovesán, Morales Antoniazzi, 2012; Coddou, 2015). La orientación sexual no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de

los derechos establecidos en la Convención⁽¹⁷⁾. Una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable. Es decir cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido⁽¹⁸⁾.

La Corte IDH no se refiere al reconocimiento de margen de apreciación estatal (BurgorgueLarsen, 2017; Clérico, 2017) como sí lo hace el TEDH (Føllesdal, 2017; Iglesias 2018; Aldao, 2019). Y adelanta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, como lo es la orientación sexual⁽¹⁹⁾, la eventual restricción de un derecho exige de un escrutinio estricto. Así, el examen solo será aprobado si el Estado logra justificar la diferencia con razones de peso más que importante: “una fundamentación rigurosa”. “Las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva”⁽²⁰⁾.

En cuanto a las normas y las prácticas de los Estados de la región es un elemento más por cierto importante en la cadena argumentativa. Sin embargo, no es definitorio (Clérico, 2012; 2017), como en el caso del TEDH (Wildhaber, 2013; Dzehtsiarou, 2015; Lixinsky, 2017). La Corte IDH es tan cuestionada por los Estados o tal vez aún más que su par europea. Sin embargo, no parece sentirse en la necesidad de resolver la tensión que se le plantea entre, por un lado, volver a una interpretación restrictiva de la CADH como sostienen algunos Estados y, por el otro lado, sostener una interpretación extensiva de la CADH como un instrumento que se encuentra en constante evolución a la luz de los principios que estructuran su objeto y fin y siempre persiguiendo la interpretación más favorable para la protección de los derechos (Clérico, 2017). El TEDH parece haber campeado esta tensión a través del avance en la interpretación progresiva si hay consenso europeo pero sostiene una interpretación moderada si identifica falta de consenso (Wildhaber, 2013; Dzehtsiarou, 2015). Por el contrario, la falta de consenso no interrumpe la argumentación de la Corte IDH: “...la 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 ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas

por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”⁽²¹⁾. La falta de consenso regional no fue tomado como una solución de compromiso para interrumpir la argumentación y evadir realizar un examen de igualdad exhaustivo (Burgorgue Larsen, 2017; Clérico, 2017)⁽²²⁾. Parra Vera y Huber (2012) sostienen con razón que la Corte IDH requiere a los Estados una argumentación lo más rigurosa y exhaustiva posible. Frente a la tensión, redobra el requerimiento de justificación material del trato diferenciado.

En suma, el TEDH condiciona la profundidad de su argumentación a la existencia de consenso. Si no hay consenso regional sobre la materia en disputa el TEDH hace alusiones a un amplio margen de apreciación estatal (Dzehtsiarou, 2015; Spano, 2018) mientras espera a que se logre consenso europeo. En cambio, para la Corte IDH la falta de consenso regional no implica detener la argumentación, y en materia de orientación sexual aplica un examen intensivo de las razones alegadas por el Estado sin concederle margen de apreciación alguno (Burgorgue Larsen, 2017; Clérico, 2017). Esto demuestra una divergencia en relación con el enfoque de adjudicación de los derechos humanos: incrementalismo *condicionado* del TEDH frente al enfoque *categorico* de la Corte IDH.

III. Nueva divergencia. El examen de igualdad en concreto. La situación comparable.

Para el TEDH puede existir una diferencia de trato entre sujetos; sin embargo, para que esta sea desigualitaria requiere que los sujetos se encuentren en situaciones esencialmente análogas, es decir, en situaciones comparables. Recién luego evalúa si ese trato tiene una justificación objetiva y razonable. La existencia de situación comparable es el filtro. En *Aldegue vs. España* exigió que la situación sea “absolutamente análoga”⁽²³⁾. Así, el TEDH concluyó en *Aldegue* que el conviviente de hecho supérstite de una pareja del mismo sexo “no se encuentra en una situación absolutamente análoga a aquella del miembro superviviente de una pareja heterosexual que no podía volver casarse por impedimento legal (prohibición del divorcio) antes de 1981, y que afectaba a uno o a ambos miembros”. En consecuencia no ha habido discriminación⁽²⁴⁾.

Cabe detenerse en el énfasis que el TEDH imprime sobre la situación comparable. Esta advertencia se debe a tres motivos. El primero se refiere a una crítica hacia el interior del mismo fallo. El TEDH no escogió el grupo comparable adecuado. La segunda se refiere al énfasis puesto a la situación comparable como filtro del

examen de igualdad, cuando desde hace algunos años se escuchan voces críticas (Añón Roig, 2013) respecto del carácter restrictivo de este abordaje. La tercera se refiere a establecer una nueva divergencia entre ambos tribunales. La Corte IDH no es tan enfática en cuanto a la exigencia de la situación comparable. No está dispuesta a evadir o aligerar el escrutinio estricto de igualdad con el que examina la diferencia basada en la orientación sexual.

III. 1. La divergencia en la relevancia del uso del “comparador” (o término de comparación)

El TEDH se pregunta, ¿es la situación del Aldeguer comparable a la situación suscitada en España un cuarto de siglo antes, respecto a un miembro superviviente de una pareja de hecho heterosexual, en la que una o ambas partes no puede volver a casarse porque están todavía casados con una tercera persona de la que no podían divorciarse con arreglo a la legislación en vigor en ese momento? Llega a la conclusión de que no son comparables.

Concede que existen “similitudes entre ambas situaciones en lo abstracto”. En ambos casos existiría un obstáculo legal que impide a las parejas homosexuales y a las parejas de hecho heterosexuales casarse y beneficiarse de los efectos legales inherentes a dicha institución. Sin embargo, para el TEDH las similitudes deben ser contundentes. No alcanza con “elementos aislados”, estos “no son suficientes” en el caso. Agrega que “... el impedimento era de diferente naturaleza”. Para el TEDH Aldeguer no tenía posibilidad de casarse con su pareja debido a que la ley a lo largo de la vida de su pareja y mientras convivían no habilitaba el “matrimonio homosexual”. Por el contrario, continúa el tribunal, el caso de las parejas heterosexuales que no podían casarse antes de la legalización del divorcio en 1981 sería distinto. En este caso, el impedimento se basaría en que uno o ambos miembros de la pareja heterosexual estaban casados con una tercera persona de la que no podían divorciarse. Para el TEDH aquí subyacería la diferencia: “La imposibilidad para casarse de una pareja en dicha situación antes de 1981 no se debía al género o a la orientación sexual de sus miembros, si no al hecho de que ambos miembros estaban legalmente casados con una tercera persona y a que el divorcio era ilegal a la muerte de uno de ellos. Lo que estaba en juego era la imposibilidad de volver a casarse que afectaba a uno o a ambos miembros, no una imposibilidad para casarse”. Por ello, concluye las situaciones no eran comparables. En el caso de una pareja homosexual “no podía casarse en términos absolutos, independientemente del estado civil de uno o ambos de sus miembros”⁽²⁵⁾.

Sin embargo, toda esta construcción argumentativa resulta criticable por varios puntos. El TEDH sostiene que no son comparables por el tipo de impedimento legal, en el caso de Aldeguer, sería la orientación sexual, justamente lo que el actor ataca como discriminatorio. Por ello, como advierte Lavrysen, el problema reside en el “comparador” (Lavrysen, 2016; Staiano, 2017) y en el análisis de la desventaja (Añón Roig, 2013) que le causa el perjuicio. El TEDH no escoge el parámetro correcto ni tampoco explica la decisión sobre la selección. El término de comparación “obvio habría sido una persona en una relación heterosexual que, a diferencia del solicitante antes de la entrada en vigor de la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo de 2005, pudo contraer un matrimonio y, en consecuencia, pudo disfrutar de una pensión de sobreviviente. El quid del caso es el hecho de que el solicitante estaba en peores condiciones que un sobreviviente heterosexual.” (Lavrysen, 2016). Sin embargo para el TEDH, no hay situación comparable, aquí interrumpe la argumentación. El punto crucial de la justificación de la diferencia en el trato por la orientación sexual no es analizado y menos aún en forma estricta⁽²⁶⁾.

Nuevamente aparece además la falta de consenso europeo en el tema del reconocimiento del matrimonio igualitario para sostener que “...el Convenio no obliga a los Estados contratantes a otorgar el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales”⁽²⁷⁾. Agrega el TEDH que “los Estados disfrutaban de un margen de discrecionalidad respecto al momento de introducir cambios legislativos en el ámbito del reconocimiento jurídico de parejas homosexuales y la posición concreta otorgada, un ámbito considerado como un derecho en evolución sin consenso establecido”⁽²⁸⁾. Por tanto, entiende que el legislador no puede ser censurado a la luz de la CEDH por no haber aprobado la legislación sobre matrimonio igualitario con anterioridad a lo ocurrido. Por último, agrega que la aprobación de la normativa sobre matrimonio igualitario “no puede tomarse como el reconocimiento por parte de las autoridades internas de que la falta de reconocimiento del matrimonio homosexual o su exclusión de algunos derechos y beneficios disponibles para parejas casadas, era en el momento pertinente incompatible con el Convenio”. Desde 2015, se interpreta que se han incrementado los contenidos de los derechos de las parejas del mismo sexo en tanto a partir de Oliari vs. Italia (TEDH, 2015), los Estados tienen la obligación positiva de generar un marco legal que implique algún reconocimiento suficiente para las parejas del mismo sexo. Aunque por cierto aún no ha avanzado en el reconocimiento del matrimonio igualitario como parte del art. 8 o 12 de la CEDH y por discriminación del art. 14 CEDH.

Por el contrario, la Corte IDH no ve ningún obstáculo en realizar un examen de igualdad respecto de la falta de reconocimiento del matrimonio igualitario y concluir que “un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad. Para la Corte IDH “no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional”.⁽²⁹⁾ En suma, para el TEDH, la falta de reconocimiento del matrimonio igualitario no implica aún, por el momento, una violación al principio discriminatorio. En cambio, para la Corte IDH, la falta de reconocimiento es discriminatoria (Clérico, 2017).

III.2. El examen de igualdad intensivo. Argumentación material.

La Corte IDH examina si los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y artículo 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994 que no reconocían la pensión a los convivientes supérstites del mismo sexo, eran discriminatorios (artículo 24⁽³⁰⁾ en relación con el artículo 1.1. de la CADH). El examen se desdobra en tres pasos: “a) si esas normas establecían una diferencia de trato; b) si esa diferencia de trato se refería a categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, y c) si esa diferencia de trato revestía un carácter discriminatorio.” La situación comparable (el comparador) no juega el papel relevante que el TEDH le otorga en *Aldegier*. En *Duque* la situación comparable no es filtro. Esto le permite sin obstáculos pasar al examen de la justificación de la diferencia en el trato.

Las normas que regulaban las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre convivientes permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social establecían una diferencia de trato entre 1) las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y 2) aquellas parejas que estaban formadas por personas del mismo sexo a las que se les negaba la posibilidad de formar dicha unión. Esa diferencia de trato se fundaba en la orientación sexual de las personas, por ello aplicó un estándar intensivo de igualdad.

La Corte IDH, alertó que la justificación dada por el Estado no aprobaba el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Así pues el Estado no dio una explicación “sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato”, ni un examen de medio alternativos menos lesivos o necesidad, ya que tampoco explicó por qué “el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa finalidad”. Concluyó que la existencia de una normatividad interna

vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, implicaba una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación⁽³¹⁾.

IV. Consideraciones finales. Dos enfoques divergentes

Cada vez con mayor frecuencia se sostiene que el método comparado se ha convertido en uno método relevante de interpretación en la práctica de adjudicación en derechos humanos (Müller, 2017)⁽³²⁾. Esta comparación se produce en dos niveles diferentes (Clérico, 2017). Por un lado, se compara cómo los diversos órganos, tribunales de protección internacional de derechos humanos interpretan y aplican normas. Esto suele ser llamado como existencia o inexistencia de una “tendencia internacional” o un “consenso internacional”. Por el otro lado, se compara cómo los Estados de una región de protección de derechos humanos interpretan y aplican normas de derechos humanos o resuelven un conflicto entre derechos o regulan una materia. Esto suele ser llamado como existencia o inexistencia de un “consenso regional” o “consenso en los Estados de la región”. El proceso incluye comparación y como resultado de esa comparación, la determinación de si existe convergencia o divergencia sobre la solución a la materia debatida. Hasta aquí dos significados distintos respecto de la comparación y sus resultados (Wildhaber, 2013; Dzehtsiarou, 2015; Neumann, 2008; Clérico, 2012;2017; Lixinsky, 2017).

Otro aspecto relevante es qué papel juega esa comparación como proceso y esa convergencia o divergencia como resultado de esa comparación. Aquí se vislumbran dos funciones diferentes (Dzehtsiarou, 2015; Clérico, 2017). En algunos contextos judiciales esa comparación es informativa y queda ahí. Por ejemplo, el TEDH hace referencia a jurisprudencia de la Corte IDH en Aldeguer, pero no la engarza en su argumentación sustantiva. La presenta. Algo semejante realizó en Oliari vs. Italia, respecto al conocido caso de la Suprema Corte de EEUU en Obergefell vs. Hodge⁽³³⁾ en donde se establece la obligación estadual del reconocimiento al matrimonio igualitario. En suma, toma conocimiento, deja constancia y nada más. Por el contrario, en otros supuestos ilustra sobre el estado actual del desarrollo normativo en el ámbito internacional o en los estados de la región; y, a su vez, es utilizada en la argumentación sustantiva del tribunal para justificar la solución del caso. Así, lo hace la Corte IDH en el caso Atala para sostener que la prohibición de la discriminación por orientación sexual surge de una interpretación pro persona del art. 1.1 de la CADH (Coddou, 2015; Clérico, 2012; 2017).

Aquí nos detenemos en el uso del segundo significado, es decir, el referido a la existencia o falta de consenso regional. El uso de la existencia o falta de consenso regional presenta divergencias entre el TEDH y la Corte IDH. Esa divergencia se presenta específicamente en el uso en la cadena argumentativa; es decir, en su función justificatoria.

Para ponerlo en términos claros, tanto el TEDH como la Corte IDH tienen en cuenta en sus decisiones la legislación y jurisprudencia de los Estados de la región sobre la materia bajo debate. Por supuesto, el trabajo en detalle arroja resultados refinados de acuerdo con el derecho bajo estudio. Asimismo, es cierto que el TEDH lo practica en forma más sistemática que la Corte IDH.

Sin embargo, divergen en un punto crucial, el uso del resultado de la comparación en la cadena argumentativa, en el mérito de la sentencia. Este es el caso claro de su uso por el TEDH en *Aldeguer vs. España* como así también en otros fallos referidos a discriminación por orientación sexual. El TEDH realiza un paneo sobre la cantidad de Estados de la región que reconocieron el matrimonio igualitario. Llega a la conclusión de que hay un “consenso en evolución” pero que aún no son mayoría. Concluye que no hay consenso europeo sobre la inclusión de matrimonio igualitario. Así, toma la falta de consenso europeo fáctico como criterio relevante para reconocer a los estados un amplio margen de apreciación para determinar el momento de su inclusión, de su reconocimiento legal en el ordenamiento interno. A su vez, evita realizar un examen de igualdad⁽³⁴⁾ basado en la orientación sexual para determinar si la falta de reconocimiento implica un supuesto de discriminación. Por el contrario, cuando detecta que hay consenso europeo, entonces restringe el margen de apreciación a nada o a muy poco. Aplica un test de la justificación material alegada por el Estado bien intensivo; por lo general, presupone la no-convencionalidad de la acción u omisión atacada; y salvo que el Estado pueda justificar un interés estatal imperioso o insoslayable que por supuesto nada tenga que ver con la orientación sexual de la persona, y concluye que la norma atacada es in-convencional. Así, en esta constelación argumentativa, el TEDH sólo se siente “legitimado” a incrementar la mejor protección del derecho cuando hay “consenso europeo” (Dzehtsiarou, 2015). Si no existe, entonces el TEDH espera y en el caso concreto sostiene la convencionalidad de la falta de reconocimiento del matrimonio igualitario atacada (Shahid, 2017). Por ello, arriba sostuvimos que el enfoque del incrementalismo del TEDH está *condicionado* por la falta de consenso europeo fáctico. De ahí que estudios recientes sostengan que el TEDH tienda a ser un *slow adopter* en el reconocimiento del derechos de las personas del LGBTTI (Johnson, 2018).

Hasta la actualidad el TEDH sigue rechazando, por ejemplo, denuncias referidas a falta de reconocimiento por matrimonio igualitario y por ende referidas a violación al artículo 12 (libertad de casarse) y al artículo 14 (prohibición de discriminación) del CEDH. Sigue siendo caracterizada como una lucha en marcha (Johnson, 2018).

La Corte IDH está realizando con mayor frecuencia referencias a normas y jurisprudencia de los estados de la región desde los últimos años. Estas referencias parecen responder a los primeros pasos de un diálogo transnacional traccionado desde abajo hacia arriba (Coddou, 2015; Contesse, 2013; Clérico, 2012, 2017). Este diálogo otorga legitimidad a las sentencias de la Corte IDH en tanto se nutre de las interpretaciones que surgen de las usinas locales, por un lado. Además, por el otro lado, implica procesos de aprendizaje en materias en donde la Corte IDH no tiene aún jurisprudencia relevante⁽³⁵⁾ o en donde parece demostrar rezago (Arango, 2010). Por caso, entre muchos otros⁽³⁶⁾, en *Atala Rifo vs. Chile* sobre discriminación por orientación sexual por la quita de la tuición de tres niñas a su madre por haber iniciado una relación con una persona de su mismo sexo, la Corte IDH incluye referencias a jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, México, Canadá y EEUU de Norteamérica (Coddou, 2015; Contesse, 2013; Clérico, 2012; 2017; Magi, 2014; García, 2014; Solari, N.; von Opiela, 2011; Clérico; Aldao, 2010). En *Duque vs. Colombia*, se incluyen referencias a normas y jurisprudencia de estados de la región sobre reconocimiento a los derechos de la seguridad social, en el caso al acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo y/o sobre reconocimiento de uniones civiles o matrimonio igualitario. Las referencias incluyen jurisprudencia o legislación de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Uruguay y EEUU de Norteamérica, respectivamente. En forma reciente, la práctica de incluir este movimiento referencial *bottom up* se vio ampliamente fortalecido a lo largo de la Opinión Consultiva de la Corte IDH 24/17 sobre orientación sexual e identidad de género.

Sin embargo, la Corte IDH diverge claramente y con razón de su par europeo en cuanto al uso de la falta de consenso regional fáctico sobre la materia debatida (Brogue Larsen, 2017; Clérico, 2017). Esta falta de consenso regional no la previene de realizar un examen exhaustivo de igualdad en tanto el criterio de diferenciación se basa en la orientación sexual de la persona. Esto requiere según su jurisprudencia constante un examen intensivo de igualdad. La Corte IDH no evade justificar por qué no debe reconocer al Estado un margen de apreciación y por qué la falta de consenso fáctico sobre la materia no puede alegarse con éxito para evadir el cumplimiento de la obligación de no-discriminación en perjuicio del colectivo LGBT-

TI: 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 identidad⁽³⁷⁾; 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 estructuralmente⁽³⁸⁾ y las consecuencias de esas prácticas persisten en la actualidad incluso bajo el uso de estereotipos⁽³⁹⁾, c) el colectivo LGBTTI no se encuentra en igualdad de condiciones para desterrar las prácticas discriminatorias en el ámbito legislativo, judicial, laboral, entre otros.

Si arriba sostuvimos que el enfoque del incrementalismo del TEDH es amortiguado por la falta de consenso europeo; por el contrario, vemos que el enfoque de la Corte IDH es progresivo porque cada caso implica un reconocimiento mejor y mayor de los derechos de las personas del LGBTTI. El enfoque es *categorico*, si la diferenciación se basa en orientación sexual, el examen de igualdad es intensivo. No está modulado por la falta de consenso regional fáctico en la materia.

La fórmula de igualdad es semejante, no así el uso del comparador (término de comparación) como filtro y la intensidad del escrutinio con que se evalúan las razones estatales para justificar el trato diferenciado entre parejas convivientes del mismo sexo y parejas convivientes de diferente sexo⁽⁴⁰⁾. Tampoco es semejante en relación a los usos de la doctrina de la falta de consenso regional para determinar el grado de exhaustividad con que la misma Corte desarrolla el examen de igualdad, ni cómo juega un papel en la determinación del margen de apreciación que se le concede al Estado (Aldao, 2019; Burgorgue Larsen, 2017; Føllesdal, 2017; Clérico, 2017). La Corte IDH se sumerge de lleno en las profundidades de la justificación material del trato diferenciado atacado por la afectada. En cambio, el TEDH prueba primero la atmósfera europea. No realiza un examen intensivo de igualdad hasta tanto no haya consenso europeo a favor del reconocimiento del matrimonio igualitario en la mayor cantidad de Estados de la región. Asimismo, para el TEDH no se trata solo de una “materia sensible de moral” en la que no hay consenso europeo fáctico sino también que viene sumada en Aldeguer a que se trata de una materia de política social y económica. Por el contrario, para la Corte IDH la falta de consenso regional fáctico es irrelevante aunque tome nota de los adelantos normativos y jurisprudenciales en la región. Por último, que la materia atañe también un derecho social, no la previene de seguir el proceso de escrutinio intensivo. Por fin, podemos sostener que convergen en aplicar el test de igualdad aunque diverjan fuertemente en el enfoque, el incrementalismo *condicionado* del TEDH se opone al *categorico*

de la Corte IDH en materia de discriminación por orientación sexual.

Esta diferencia en el enfoque normativo, tiene claras consecuencias en los hechos para los derechos de las personas del colectivo del LGBTTI. Estudios empíricos demuestran que el TEDH acepta una demanda en favor de los derechos de las personas del LGBTI luego de haber rechazado varios. Por eso fue caracterizado como un *slow adopter* (Johnson, 2018). Por el contrario, hay que decir que la Corte IDH es una *speed adopter*. Hasta la actualidad los casos llegados ante la Corte IDH fueron resueltos en favor del reconocimiento de derechos de las personas del LGBTI⁽⁴¹⁾. En ambos casos sigue siendo una lucha por un mayor y mejor reconocimiento de derechos. Las velocidades son diferentes. Para el TEDH la falta de consenso regional fáctico es el freno. Para la Corte IDH el examen de igualdad es el acelerador.

Referencias

- Abrusci, E. (2017). A Tale of Convergence? Discrimination based on Sexual Orientation in Regional Human Rights Bodies and the Human Rights Committee, *Nordic Journal of Human Rights*, 35(3), 240-257.
- Aldao, M. (2019). Entre la deferencia y la indiferencia: Margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá (en ed.).
- Aldao, M., Clérico, L. y Ronconi, L. (2017). A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity. En: V. Bogdandy/Ferrer Mac-Gregor/Morales Antoniazzi/Piovesan (eds.), *Constitutionalism in Latin America*. Oxford: OUP.
- Añón Roig, M. J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía* (39), 127-157.
- Arango, R. (2010). Constitucionalismo social latinoamericano. En: Bogdandy, A., Ferrer Mac Gregor, E., Morales Antoniazzi, M. (comps.), *La Justicia Internacional y su Constitucionalización. ¿Hacia un ius constitutionale comune en América Latina?*
- Arrubia, E. y Brocca, M. (2017). La construcción del estigma como límite a los derechos sociales de las personas trans desde una perspectiva internacional. *Anuario de Derechos Humanos*, (13), 87-96.
- Bamforth N. (2017). Social Sensitivity, Consensus, and the Margin of Appreciation'. En: Agha, P. (ed.) *Human Rights Between Law and Politics: The Margin of Appreciation in Post-National Contexts*, Oxford: Hart.
- Burgorgue-Larssen, L. (2017). The Added Value of the Inter- American Human Rights System: Comparative Thoughts. En: v. Bogdandy, A.; Ferrer Mac-Gregor, E.; Morales Antoniazzi, M.; Piovesan, F. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford: OUP.

- Carmona Cuenca, E. (2017). Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Político*.
- Clérico, L. (2017). Sobre el argumento de derecho comparado y la argumentación jurídica. En: J. Aguiló Regla, P. Grández Castro (eds.), *Sobre el Razonamiento Judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima: Palestra, 127-151 [Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. México: Ed. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r38165.pdf>.
- Clérico, L. (2012) Impacto del caso Atala: posibilidades y perspectivas. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/context/cont/6/cnt/cnt4.pdf>
- Clérico, L. y Aldao, M. (2018). Límites al margen de apreciación desde la perspectiva de género en intersección con pobreza. *Revista de Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación*.
- Clérico, L. y Aldao M. (2011). Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento, *Revista Estudios Constitucionales*, Talca. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf>
- Clérico, L. y Aldao, M. (2010). *Matrimonio igualitario. Perspectivas políticas y jurídicas*. Buenos Aires: Eudeba.
- Coddou, A. (2017). Atala: a landmark in transformative approaches to anti-discrimination law in Latin America. En: K. Fernández (ed), *Chile and the Inter-American Human Rights System*, Londres: Institute for the Study of the Americas.
- Contesse, J. (2013). The Last Word? Control of Conventionality and the Possibility of Conversations with the Inter-American Court of Human Rights, en: *Latin American Seminar (SELA)*. Recuperado de http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf. Contesse, 2013.

- Contesse, J. (2016). Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System, en *Law & Contemp. Probs.* 7-9(2).
- Coddou, A. (2018). *A Transformative Approach to Anti-Discrimination Law in Latin America*. London: University College London.
- Coddou, A. (2015). The Atala Case: a landmark case for a transformative approach to Anti-Discrimination Law in Latin America. En K. Fernández and others (eds), *Chile and the Inter-American Human Rights System*. Londres: Institute for the Study of the Americas.
- Courtis, C. (2014). Artículo 26. Desarrollo progresivo. En: C. Steiner y P. Uribe (Ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Santiago de Chile: Fundación Konrad Adenauer.
- Cowell, F. y Milon, A. (2012). Decriminalisation of Sexual Orientation through the Universal Periodic Review, *Human Rights Law Review*, 128(1-2), 341–352.
- Charilaos, N. (2018), Unravelling the Knot of Equality and Privacy in the European Court of Human Rights and the US Supreme Court: From Isonomia to Isotimia, *Human Rights Law Review*, 719-744.
- Dondoli, G. (2018). An overnight success a decade in the making: Indirect discrimination on the grounds of sexual orientation. *International Journal of Discrimination and the Law* 18(1), 5-21.
- Dzehtsiarou, K. (2105). *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: CUP.
- Edel, F. (2015). *Case Law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity LGBT rights are human rights*, Estrasburgo: Consejo de Europa.
- Farahat, A. (2015). Enhancing ‘Constitutional Justice’ by Using External References: The ECtHR's Reasoning on the Protection Against Expulsion, *Leiden Journal of International Law* (LJIL), (28), 303-322.

- Fenwick, H. (2016). Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe: driving forward reform or protecting the Court's authority via consensus analysis? *European human rights law review*. 249-272.
- Føllesdal, A. (2017). Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law*, 15(2), 359-371.
- Fraser, N. (2008). *Escalas de Justicia*. Barcelona: Herder.
- García, M. C. I. (2014). El matrimonio de parejas del mismo sexo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Público*, (32), 16-36.
- Gerards, J. (2018). Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 18(3), 495-515.
- Iglesias, M. (2017). Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication from a cooperative conception of human rights, *Int'l J. Const. L.*, 15(2).
- Johnson, P. (2018). The Council of Europe and the European Court of Human Rights, en: Ziegler, A. R. (ed.), *International LGBTI Law: Sexual Orientation and Gender Identity Law from an International-Comparative Perspective*, (5-28). Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2927098
- Johnson, P. y Falcetta, S. (2018). Sexual Orientation Discrimination and Article 3 of the European Convention on Human Rights: Developing the Protection of Sexual Minorities. *European law review*, 43(2), 167-185.
- Lavrysen, L. (2016). Aldeguer Tomás v. Spain: a missed opportunity for the Court to provide guidance concerning the legal recognition of same-sex relationships, *Strasbourg Observers*. Recuperado de <https://strasbourgobservers.com/2016/07/07/>
- Lixinski, L. (2017). The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights. *Can. J. Comp. & Contemp. L.* 3, 65-95.

- López Medina, D. (2016). *Cómo se construyen los derechos: Narrativa jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Bogotá: Legis.
- McGoldrick, D. (2016). The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law, *Human Rights Law Review*, 16, 613–668.
- Morales Antoniazzi, M. y Clérico, L. (2019). *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete Vilches de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Magi, L. (2014). Same-Sex Couples Before the Inter-American System of Human Rights, en: Gallo, D., Paladini, L., & Pustorino, P. (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions* (437-454). Berlin, Heidelberg: Springer.
- Melehi, N. (2013). The Right to Family Life Free from Discrimination on the Basis of Sexual Orientation: The European and Inter-American Perspectives. *Am. U. Int'l L. Rev.*, (29), 945.
- Mestre, R. (2016). La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (33), 113-132.
- Müller, A. (2017). The minimum core approach to the right to health. En: S. Klotz, H. Bielefeldt, M. Schmidhuber y A. Frewer (eds.). *Healthcare as a Human Right Issue, Normative Profile, Conflicts and Implementation*, Bielefeld: transcript Verlag.
- Neumann, G. (2008). Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights 19 *EUR. J. INT'L. LAW* 101(107).
- Parra Vera, O.; Huber, F. (2012), Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso Atala Riffo y Niñas. En: V. Bogdandy, F. Piovesan, M. Morales-Antoniazzi (coords.). *Igualdad y Orientación Sexual*. México: Porrúa.

- Ragone, S.; Volpe, V. (2016). An Emerging Right to a 'Gay' Family Life? The Case Oliari v. Italy in a Comparative Perspective. *German Law Journal*, 17(3), 451-486.
- Ryan, C. (2017). Europe's Moral Margin: Parental Aspirations and the European Court of Human Rights. *Colum. J. Transnat'l L.* (56),467.
- Robinson, T. (2017). Legalising norms related to sexual, gender and bodily diversity in the inter-American human rights system. *Latin American Seminar (SELA)*.
- Ronconi, L. y Aldao, M. (2011). 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. En: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 3(Jun.), 262-276.
- Saldivia, L. (2017). *Subordinaciones invertidas. El Derecho a la Identidad de Género*. Buenos Aires: Ediciones Universidad Nacional General Sarmiento.
- Shahid, M. (2017). The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments Concerning Equal Marriage Rights". En: *Erasmus Law Review*, (3), 183-197.
- Sjöholm, M. (2018). *Gender-sensitive norm interpretation by regional human rights law systems*. Amsterdam: Brill/Nijhoff.
- Spano, R. (2018). The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law, *Human Rights Law Review*, 18, 473-494.
- Staiano, F. (2017). (In)Comparable Situations: Same-Sex Couples' Right to Marriage in European Case Law. En: *federalism.it*, Italia.
- Troncoso Zúñiga, C.; Morales Cerda, N. (2017). Caso Duque con Colombia: Un caso de discriminación estructural. *Anuario de Derechos Humanos*, (13), 135-145
- Tsereteli, N. (2016). Emerging Doctrine of Deference of the Inter-American Court of Human Rights, 20 *Int'l J of Human Rights* 1097. 1107.

- Viljoen, F. (2019). Impact in the African and Inter-American Human Rights Systems: A Perspective on the Possibilities and Challenges of Cross-Regional Comparison, en: Engstrom, P. (ed.), *The Inter-American Human Rights System*. Palgrave Macmillan, Cham, 303-326.
- Von Bogdandy, A., Piovesan, F. y Morales-Antoniazzi, M. (2012), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México: Ed. Porrúa / Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law/ Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Von Opiela, C. (2011). Los mismos derechos con los mismos nombres. Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y en el mundo, en: Solari, N; v. Opiela, C., *Matrimonio entre personas del mismo sexo*. Ley 26.618. Buenos Aires: La Ley.
- Wildhaber, L. et al. (2013). No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court Of Human Rights, *Human Rights Law Journal*, (33), 248-263.

Jurisprudencia y comunicaciones

Estrasburgo. TEDH, Antonio Mata Estevez vs. España, 2001.

Estrasburgo. TEDH, Karner vs. Austria, 2003.

Estrasburgo. TEDH, Kozak vs. Polonia, 2010.

Estrasburgo. TEDH, Schalk y Kopf vs. Austria, 2010.

Estrasburgo. TEDH, P.B. y J.S. vs. Austria, 2010.

Estrasburgo. TEDH, Konstantin Makin vs. Rusia, 2012.

Estrasburgo. TEDH, Vallianatos y otros vs. Grecia, 2013.

Estrasburgo. TEDH, Härmäläinen vs. Finlandia, 2014.

- Estrasburgo. TEDH, Oliari vs. Italia, 2015.
- Estrasburgo. TEDH, Aldegue vs. España, 2016.
- Estrasburgo. TEDH, Taddeuci y McCall vs. Italia, 2016.
- Estrasburgo. TEDH, Orlandi vs. Italia, 2017.
- Ginebra. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Young vs. Australia, 2003.
- Ginebra. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, X vs. Colombia, 2007.
- San José de Costa Rica. Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, 2011.
- San José de Costa Rica. Corte IDH, Atala Rizzo y Niñas vs. Chile. 2012.
- San José de Costa Rica. Corte IDH, Duque vs. Colombia, 2016.
- San José de Costa Rica. Corte IDH, Flor Flores vs. Ecuador, 2016.
- San José de Costa Rica. Corte IDH, Opinión Consultiva sobre identidad de género y orientación sexual, OC-24/17.
- San José de Costa Rica. Corte IDH, Poblete Vilches y otros vs. Chile, 2018.
- San José de Costa Rica. Corte IDH, Cuscul Pivaral vs. Guatemala, 2018.
- Washington. Suprema Corte de EE.UU. Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health et al ; 576 U.S. (2015).

Informes

- Washington. CIDH n.º 5/14 Informe de fondo en el caso Duque, 2014.
- Washington. CIDH. Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América, 2015.
- Washington. CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos, 2017.

Notas

¹ En especial la referencia es al Sistema Europeo (SEDH) y al Sistema Interamericano (SIDH). Sobre el Sistema Africano de Protección de los Derechos Humanos, v. Abrusci (2017); Viljoen, F. (2019).

² CIDH, Informe temático sobre pobreza, 2017, párr. 440: “Existe un fuerte vínculo entre pobreza, exclusión y violencia por prejuicio.... La discriminación estructural contra personas (LGBTI) existente en la región puede contribuir de manera significativa a su vulnerabilidad ante las situaciones de pobreza...”. V., asimismo, Aldao, Clérico, Ronconi (2017); Saldivia Menajovsky (2017).

³ CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos, 2017, párrs. 456-457; 440-457.

⁴ CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos, 2017, párr. 187. V. asimismo, CIDH, Violencia contra personas LGBTI en América, 2015, párr. 371.

⁵ Por su parte, la CIDH parece haber ido más allá que la propia Corte IDH en su pronunciamiento. La CIDH en Duque estableció que los méritos de la acción de tutela resuelta en el orden interno - justificación, razonabilidad y proporcionalidad de las disposiciones cuestionadas - “no fueron debidamente analizados por las instancias judiciales sino que se rechazaron en base a una interpretación dogmática y formalista de la normativa vigente”. Consideró que “los procesos judiciales perpetuaron con sus decisiones los prejuicios y estigmatización de las parejas del mismo sexo, al reafirmar una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia vinculada exclusivamente con la “conservación de la especie y la procreación de los hijos”. Concluyó que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención. Por el contrario, la Corte IDH interpretó que no había violación de las garantías judiciales del art. 8.1 referida a la imparcialidad: “... no es posible concluir que las autoridades hayan actuado esencialmente y de forma principal con fundamento en otros aspectos más allá de lo expresamente establecido en leyes colombianas. Además, la Corte no cuenta con elementos que le permitan considerar que las autoridades judiciales actuaron con ausencia de imparcialidad o conforme a prejuicios o estereotipos relacionados con la orientación sexual del señor Duque que habrían influenciado de manera central y decisiva su decisión.” Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, 2016, párr. 165. Como me señala con razón Celeste Novelli este

es un punto débil de la argumentación de la Corte IDH, porque no toma en serio lo que sostuvo en *Atala vs. Chile*. La Corte IDH ya había concluido en *Atala* que el concepto de familia es diverso. Por ello, parecería entonces insuficiente la argumentación de la Corte IDH sobre la ausencia de estereotipos en *Duque* cuando se analiza la denegación de la solicitud en el orden interno con base en un concepto estrecho de familia compuesta por un varón y una mujer. La Corte ya lo había tratado en *Atala* y también había sido advertida sobre esta cuestión por la CIDH en el informe de fondo de *Duque*. La Corte IDH hace recaer la carga de la prueba sobre las víctimas, requiriéndoles un estándar de prueba y argumentación muy exigente.

⁶ Esto no quita que las referencias surjan en forma implícita de los márgenes de las sentencias. V. Farahat, (2015), sosteniendo que rara vez el TEDH discute con lo que cita de derecho comparado y de derecho internacional de los derechos humanos en el mérito (justificación material) de la sentencia.

⁷ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Young vs. Australia*, 2003 y *X vs. Colombia*, 2007. TEDH, *Aldeguez vs. España*, párrs. 50-51.

⁸ TEDH, *Aldeguez vs. España*, 2016, párr. 96. En TEDH, *Estevez vs. España*, 2001, declaró inadmisibile el reclamo por la imposibilidad de acceder a una pensión de supervivencia para una pareja homosexual. Sostuvo que el fin de la legislación española en materia de derecho a las prestaciones de supervivencia, la protección de la familia basada en los vínculos matrimoniales, era legítimo. Agregó, que la diferencia de trato constatada, estaba dentro del margen de apreciación del Estado.

⁹ TEDH, *Aldeguez vs. España*, 2016, párr. 81.

¹⁰ TEDH, *Aldeguez vs. España*, 2016, párr. 82.

¹¹ Sobre este margen en materia económica-social, v. Carmona Cuenca, E. (2017).

¹² TEDH, *Aldeguez vs. España*, 2016, párr. 82.

¹³ TEDH, *Aldeguez vs. España*, 2016, párr. 82.

¹⁴ TEDH, *Schalk y Kopf vs. Austria*, 2010, respecto a la extensión del derecho al matrimonio a una pareja del mismo sexo, sostiene que estarían las autoridades nacionales “en mejor situación para valorar las necesidades sociales en la materia, y

afrontarlas, teniendo el matrimonio unas connotaciones sociales y culturales profundamente ancladas, que difieren enormemente de una sociedad a otra.”

¹⁵ TEDH, *Aldegue vs. España*, 2016, párr. 82.

¹⁶ TEDH, *Oliari vs. Italia*, 2015, párr. 178; TEDH, *Taddeuci y McCall vs. Italia*, 2016; TEDH, *Orlandi vs. Italia*, 2017, párr. 204.

¹⁷ Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párr. 93.

¹⁸ Corte IDH, *Duque vs. Colombia*, 2016, párr. 106.

¹⁹ La Corte Interamericana hace alusión al leading case *Atala Riffo* para recordar que ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención: “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.”. Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párrs. 91; 124.

²⁰ V Corte IDH, *Opinión Consultiva sobre identidad de género y orientación sexual*, OC-24/17, párr. 81, reiteró con mayor énfasis que: “los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato.” La Corte considera que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado basado en la orientación sexual en desmedro de los derechos de LGBTI debe aplicar un “escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso”. Este examen incluye los tres pasos de proporcionalidad: idoneidad; medio alternativo menos lesivo y proporcionalidad en sentido estricto.

²¹ Corte IDH, *Duque vs. Colombia*, 2016, párr. 123; *Atala Riffo y Niña vs. Chile*, 2012, párr. 92; OC 24/17, 83; *Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, párr. 124.

²² Corte IDH, OC Nro. 24, párr. 219.

²³ Esto contrasta, por ejemplo con el criterio amplio adoptado en Konstantin Markin sobre discriminación por género para el acceso a la licencia para cuidado de hijos, ahí le alcanzó con que los grupos comparables estuvieran ubicados en forma similar (“*similarly placed*”). TEDH, Konstantin Markin, vs. Rusia, 2012.

²⁴ TEDH, Aldeguez vs. Colombia, 2016, párr. 91.

²⁵ TEDH, Aldeguez vs. España, 2016, párrs. 83-87, 88.

²⁶ En este sentido, sostenemos que la decisión en Aldeguez es asimismo criticable porque el TEDH no toma en serio su propia jurisprudencia en donde aplicó un examen estricto de igualdad cuando hay diferencia de trato basado en la orientación sexual. Por ejemplo, en TEDH, P.B. y J.S. vs. Austria, 2010, párr. 42, en el que decidió que la denegación de la ampliación de la cobertura de un seguro de enfermedad y accidente a la pareja homosexual de un asegurado, era violatoria de la prohibición de discriminación en combinación con el derecho a la vida familiar (at. 14 en relación con el art. 8 CEDH), en tanto hasta el 2007 la ley austriaca disponía que sólo un pariente cercano del titular del seguro de enfermedad, o una persona del sexo opuesto que cohabitara con éste, podían ser considerados como personas a cargo. En este caso, el TEDH aplicó un examen bien estricto de igualdad en tanto se trata de una diferencia por orientación sexual. Enfatizó que el principio de proporcionalidad no solo requiere que la medida elegida sea en principio adecuada para lograr el objetivo perseguido. Además, se debe demostrar que el medio escogido por la medida, que se excluyeran determinadas categorías de personas, en esta instancia a las que convivían en una relación homosexual, era “necesario” para lograr el propósito de la ley. El TEDH concluye que no se considera, sin embargo, que el Gobierno haya logrado desplegar argumentos que se condigan con el escrutinio estricto de igualdad aplicado. Para el TEDH, P.B. y J.S. vs. Austria era similar en alguna medida a TEDH, Karner vs. Austria, 2003. Tras la aplicación de un examen estricto de igualdad concluyó que la negativa de reconocer al conviviente supérstite el derecho a la subrogación de un arrendamiento tras la defunción de su pareja del mismo sexo, era discriminatoria (art. 14 en relación con el art. 8 CEDH). El TEDH advierte que no alcanzaba con sostener que, con el fin de proteger a la familia, sea necesario negar, de forma general, la subrogación de un arrendamiento a personas que tengan una relación con personas de su mismo sexo. En esta misma línea jurisprudencial, el TEDH decidió el caso Kozak vs. Polonia, 2010. Reiteró que era discriminatoria (art. 14 en combinación con el art. 8 CED), la negativa a reconocer a una persona el derecho de transmisión de un arrendamiento tras la defunción de su compañero del mismo sexo.

²⁷ TEDH, *Aldeguer vs. España*, 2016, párrs. 83-87, 88.

²⁸ TEDH, *Aldeguer vs. España*, 2016, párrs. 83-87, 88, con referencia a TEDH, *Schalk y Kopf vs. Austria*, 2010, párrs. 105 y 108; *Oliari y otros vs. Italia*, 2015, párr. 163.

²⁹ Corte IDH, OC-24/17, párrs. 220; 81; 224. Asimismo, también considera discriminatorio que se reconozca los mismos derechos a parejas del mismo sexo pero con nombre distinto al matrimonio que quedaría reservado para parejas heterosexuales, sería incompatible para la CADH. V. este análisis en: Aldao M.; Clérico, L. (2010).

³⁰ Corte IDH, *Duque vs. Colombia*, 2016, párr. 96: "... la alegada discriminación se refiere a una presunta protección desigual de la ley interna corresponde ... analizar ese hecho a la luz del artículo 24 de la Convención Americana."

³¹ Corte IDH, *Duque vs. Colombia*, 2016, agrega que esta no se había subsanado a pesar de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana que reconoce el derecho a la pensión del conviviente del mismo supérstite. Por lo demás, el análisis de las medidas reparatorias y garantías de no-repetición ordenadas por la Corte IDH en el caso exceden el objeto de este trabajo. (Troncoso Zúñiga; Morales Cerda, 2017).

³² V, entre otros, Müller, A. (2017).

³³ TEDH, *Oliari vs. Italia*, 2015, párr. 65.

³⁴ Esto no es aislado. V., por ejemplo en constelación referida a género y pobreza, Clérico, L.; Aldao, M. (2018).

³⁵ En forma reciente la Corte IDH hace referencia a normas constitucionales en 19 de los 23 países para referirse al consenso regional sobre el reconocimiento al derecho a la salud como un derecho social de exigibilidad, Corte IDH, *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, parr. 113; y en un caso sobre acceso a medicamentos y atención sanitaria para personas con VIH se refirió a la importancia del derecho comparado, v. voto razonado en Corte IDH, *CusculPivaral vs. Guatemala*, 2018, párrs. 22 y 23. Morales Antoniazzi; Clérico (2019).

³⁶ Por ejemplo, v. el caso Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, 2011, sobre inconvencionalidad de las leyes de amnistías respecto de violaciones graves a los derechos humanos durante la dictadura militar en el cono sur, 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.

³⁷ Corte IDH, Atala y Niñas vs. Chile, 2012, párr. 57.

³⁸ Corte IDH, Atala y Niñas vs. Chile, 2012, párr. 267.

³⁹ Corte IDH, Atala y Niñas vs. Chile, 2012, párr. 92.

⁴⁰ Corte IDH, OC-24/17, párr. 81.

⁴¹ Corte IDH, Atala y Niñas vs. Chile, 2012; Flor Freire vs. Ecuador, 2016; Duque vs. Colombia, 2016; OC Nro24/17.