

Capítulo 5. Sobre el argumento de derecho comparado en la argumentación en derechos humanos*

5.1. INTRODUCCIÓN

Para la academia de los derechos humanos, la cuestión de los usos del argumento de derecho comparado es materia de análisis, investigación y (pre)ocupación.¹ No ocurre algo similar con

* Agradezco a Annika Lennert, Federico de Fazio, Paula Gaido y Leticia Vita por la lectura, comentarios y críticas; así como a Jan Sieckmann y Robert Alexy por sus comentarios y críticas a una versión anterior de este trabajo.

¹ Véase entre muchos otros, Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Oxford, OUP, 2015. Sin embargo, no ocurre algo similar con la teoría general del derecho. Los usos, la estructura del argumento de derecho comparado, su relevancia en la argumentación en materia de derechos, no forma parte del canon de los temas de discusión, de investigación, de interés de la academia que se dedica a la teoría general del derecho. Valga aquí la excepción sobre la discusión de la *legitimidad* del recurso al derecho comparado por los tribunales: Rosenkrantz, Carlos, “Against Borrowings and Other Non authoritative Uses of Foreign Law”, en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 1, 2003, pp. 269-295; Filippini, Leonardo G., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202; Böhmer, Martin, “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008; Puga, Maricela y Lanusse, Máximo, “El regreso del «Búmeran». Los préstamos del derecho extranjero; ese debate

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

la teoría general del derecho. Sin embargo, debería ocuparse con mayor detenimiento si se toman en serio las tres dimensiones de las teorías de la argumentación jurídica. Como sostiene Atienza, las teorías estándares de la argumentación jurídica se ocupan no solo de reconstruir cómo en los hechos se justifican las decisiones jurídicas, sino que también incluyen una dimensión normativa y crítica: la cuestión de cómo se deberían justificar. Atienza agrega, con razón, que estas dos dimensiones deben ser complementadas con una tercera: la dimensión pragmática —como retórica y dialéctica— que ve a la argumentación como actividad, como proceso interactivo entre dos o más sujetos orientados por la persuasión, por el objetivo de lograr convenir, acordar respecto de un problema teórico o práctico de interés para esos sujetos y para el auditorium ampliado en el que impacta el tema debatido.

En el marco de esas teorías se plantea entonces la pregunta acerca de los usos del argumento de derecho comparado. Este incluye una mirada descriptiva —cómo fue usado— y otra normativa —cómo debería ser usado— en el marco de la argumentación sobre derechos humanos. El objetivo de este trabajo es explorar la estructura del argumento de derecho comparado. Tomo ejemplos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esto me permite justificar, a su vez, la importancia de prestar atención a este tipo de argumento desde la teoría de Atienza. Una de las características de la obra de Atienza es atender problemas provenientes de la práctica jurídica desde el mirador de la teoría del derecho.² Entonces, si el uso del argumento de derecho comparado emerge en forma recurrente en la argumentación de sentencias en derechos humanos, esta recurrencia es un buen pretexto para que sus usos sean tomados en serio por la teoría de la argumentación jurídica. Esta teoría

que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras «otras» preguntas”, en *Revista de la Universidad de Palermo*, 2009, disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica07.pdf

² Algo similar predica Ruiz Manero de la obra de Aarnio, véase Ruiz Manero, Juan, “Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica: (en torno a algunos trabajos de A. Aarnio)”, en *Doxa*, núm. 2, 1985, pp. 209-222.

Sobre el argumento de derecho comparado...

siempre ha demostrado apertura a lo que ocurre en la práctica jurídica.³

5.2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO E HIPÓTESIS SOBRE LOS USOS DEL ARGUMENTO DE DERECHO COMPARADO

Mi trabajo presenta algunas limitaciones. Me encargo de los usos del derecho comparado en el razonamiento judicial, sin perjuicio de lo cual, advierto la importancia de los usos de este argumento en la argumentación legislativa y en la de los abogados litigantes. La segunda limitación se refiere a los lugares en los que puede emerger el uso del derecho comparado dentro del proceso que implica la argumentación judicial. Atienza sostiene que una motivación judicial completa debería contener los siguientes elementos:

- 1) la narración de los hechos del caso; 2) la identificación del problema o de los problemas iniciales; 3) la identificación de la cuestión o de las cuestiones de las que depende la solución de cada uno de los problemas; 4) la respuesta a cada una de las cuestiones; 5) las razones (los argumentos) a favor de esas respuestas y, eventualmente, las razones para no suscribir otras posibles respuestas; 6) la solución del problema inicial; 7) la decisión.

Los usos del derecho comparado pueden emerger en diversas etapas del proceso argumentativo, por lo general, es frecuente en el quinto paso argumentativo, es decir, cuando se alegan argu-

³ Insisto: mi mirada es reconstructiva. Por ello, no vuelvo sobre la discusión acerca de la *legitimidad* del argumento de derecho comparado por los tribunales. Esta discusión es conocida y ha sido ampliamente trabajada. La disputa al respecto aparece con diferentes consignas: “préstamos”, “trasporte”, “trasplantes”, (perdidos en la) “traducción”, “anexión” del “otro”, entre muchas otras, véase Saunders, Cheryl, “Judicial engagement with comparative law”, en Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 571-598, 586. No volveré sobre ella, aunque reconozco su importancia para la teoría de la argumentación jurídica en su aspecto reconstructivo y normativo.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

mentos en favor de la solución adoptada o en la justificación de las soluciones alternativas que no se han escogido. Sin embargo, podrían aparecer en los otros,⁴ aunque no suele ser frecuente que aparezca en la parte resolutive del caso concreto. A los efectos de este trabajo, me detengo en los usos del argumento de derecho comparado en el quinto paso.

Respecto de los usos del derecho comparado en la argumentación judicial sobre derechos humanos, distingo dos usos y dos sentidos. Por un lado, el uso descriptivo y el uso normativo. Por el otro lado, en cuanto a sus sentidos, el derecho comparado es utilizado como expresión de una tendencia internacional o de una tendencia o consenso regional. Estas distinciones me permiten plantear tres problemas referidos a los usos del argumento de derecho comparado: el problema de la determinación del objeto de comparación;⁵ el problema de la insuficiencia argumentativa y

⁴ Saunders, Cheryl, “Judicial engagement with comparative law...”, *cit.*, pp. 571-598: 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 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.

⁵ Se trata de todos los problemas relacionados con la determinación del objeto de comparación, de la cuestión del método de comparación, de la determinación e interpretación de las similitudes, diferencias, particularidades que surgen como resultado de la comparación. Asimismo, si como resultado de la comparación surge una convergencia, se discute cuándo se puede hablar de “consenso”, al respecto véase Dzehtsiarou, K. y Lukashevich, V., “Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30, núm. 3, 2012, pp. 272-298; Wildhaber, L. *et al.*, “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court Of Human Rights”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 33, núm. 7-12, 2013, pp. 248-263. La importancia práctica del problema surge, por ejemplo, en el caso sobre prohibición de uso en público de la burka o niqab en Francia. El caso fue resuelto por el TEDH en *S.A.S. vs. Francia*, 2014. En esa causa, en el voto de mayoría se pregunta, si la mayoría de los Estados del Consejo de Europa prohíben llevar la

Sobre el argumento de derecho comparado...

el problema de la incoherencia respecto de los usos del argumento de derecho comparado en casos similares.

Todo esto me permite sostener la tesis de que el argumento de derecho comparado debe ser entendido como un *argumento incompleto*, que debe ser considerado para identificar la mejor solución a una colisión de derechos o para escoger la mejor interpretación de una norma de derechos humanos. Debe formar parte de una argumentación normativa, es decir, una argumentación que no se contente con describir cuál es la solución dada a un problema en los diferentes estados de la región —descripción—, sino que justifique por qué seguir o no esa solución contribuye a iluminar la mejor interpretación de la norma en disputa —pretensión de corrección—. En el trasfondo subyacen

cara totalmente cubierta en público —por ejemplo, por medio del uso de la burka o el niqab—. El resultado de esta comparación, según surge de la sentencia, es que solo Francia y Bélgica adoptan una prohibición similar y que en tres países se discute en el ámbito legislativo el tema —en Suiza, en Holanda y en España en forma más acotada en cuanto a la prohibición y en el ámbito de una región—. Luego interpreta el TEDH que no existe consenso respecto de la prohibición, entonces le reconoce al Estado un amplio margen de apreciación (cdos. 156, 40). Sin embargo, qué ocurre respecto de todos los demás Estados de la región que no consideraron relevante legislar sobre el tema. ¿Por qué no fue considerado en la argumentación del voto mayoritario? El voto disidente en *S.A.S. vs. Francia* se hace cargo de esta pregunta. Interpreta que 45 de los 47 Estados del Consejo de Europa no han visto como necesario legislar sobre el uso en público de velos que cubren en forma total la cara, este resultado implica un indicio de que existe un consenso europeo a favor de la no prohibición de su uso en público, con lo que concluye —atendiendo a su vez a otras razones— que se debe aplicar un examen de proporcionalidad que examine con intensidad las razones alegadas por el Estado para sostener la restricción (cdo. 19 del voto en disidencia). Como se puede apreciar, los dos votos reflejan una discusión sobre el objeto de comparación e interpretación del resultado, ¿qué se compara la prohibición o la no prohibición? Pero, si del resultado de la comparación surge que una clara mayoría no tiene vigente la prohibición, entonces la mayoría se inclina por no limitar la autonomía de las personas, este punto no es trabajado por el voto mayoritario, si no por la disidencia. En este sentido, vemos que la mayoría presenta una argumentación débil en relación con el uso del argumento de derecho comparado como expresión de la falta de consenso. Véase Sündhofer, Beate, “Konventionskonformität des Gesichtsbedeckungsverbots in der Öffentlichkeit”, en *Austria Law Journal*, núm. 1, 2015, pp. 88-98.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

las siguientes preguntas que combinan las faces descriptivas y normativas de la teoría de la argumentación jurídica: ¿cómo es utilizado el argumento de derecho comparado en la argumentación en derechos humanos? ¿Contribuye para la saturación de consideración de toda la información y argumentos relevantes para optimizar la decisión —*pretensión de racionalidad*—? O, ¿contribuye asimismo a satisfacer la *pretensión de corrección* en el sentido de que la deliberación sobre los resultados de la comparación —argumento de derecho comparado— sirve para una mejor justificación de la decisión o para iluminar la mejor interpretación de la norma en disputa? Las preguntas anteriores pueden ser respondidas analizando la estructura del argumento de derecho comparado.

Las teorías de la argumentación jurídica le dedicaron apenas unas líneas. Por ejemplo, Alexy no desarrolla en especial la forma del argumento de derecho comparado. Remite a la forma del argumento histórico y propone una leve modificación. El argumento histórico presenta la siguiente forma:

1. ya una vez que se practicó una determinada solución del problema discutido;
2. esta condujo a la consecuencia F;
3. F es indeseable;
4. las situaciones no son entre sí tan distintas como para que F no ocurra ya hoy, y
5. por tanto, la solución en cuestión no es hoy aceptable —*empfehlenswert*—.⁶

La modificación pasa por el cambio de la dimensión. El argumento histórico mira hacia el pasado —dimensión temporal—. En cambio, el argumento de derecho comparado atiende al lugar —dimensión territorial—, qué solución encontró este problema en otro lugar, cuál es el estado de cosas jurídico en otra sociedad. A los efectos de este trabajo, tomo como base la propuesta de Alexy. Propondré a su vez una modificación para dar cuenta

⁶ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Fráncfort del Meno, 1991, p. 294. Aquí se usa la traducción al castellano realizada por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1989, pp. 230 y 286.

Sobre el argumento de derecho comparado...

de los dos usos y significados con los que aparece el argumento de derecho comparado en la argumentación sobre derechos humanos.

5.3. DOS SIGNIFICADOS. DOS FUNCIONES

Un primer relevamiento de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos —TEDH y Corte IDH— sobre el uso del argumento de derecho comparado, arroja como resultado que este argumento aparece con frecuencia en una relación argumentativa que combina examen de proporcionalidad, margen de apreciación de los Estados y derecho comparado. Para efectos de este trabajo, reconstruyo los usos del argumento de derecho comparado en relación con el derecho a la familia y a la privacidad de las personas del colectivo Lesbianas, Gays, Travestis, Transexuales, Transgénero, Intersexuales (LGBTITI). Me detengo entonces en las sentencias sobre las obligaciones estatales que surgen de los artículos 8 y 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Por supuesto, el argumento de derecho comparado emerge en otras relaciones argumentativas y para la interpretación de otros derechos. Sin embargo, me interesa el trabajo pormenorizado sobre una disputa, porque supongo que los usos pueden variar dependiendo del problema normativo que se discute. El objetivo es reconstruir la estructura del argumento de derecho comparado en las disputas sobre esta cuestión en particular. Luego, esta reconstrucción servirá para ponerla a prueba en disputas sobre otros derechos.

El análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre la orientación sexual devela que la utilización del argumento de derecho comparado es ambigua. Se utiliza con: *a)* dos significados diferentes y *b)* dos funciones diferentes.

a) Dos significados diferentes. Por un lado, en la argumentación sobre derechos humanos es frecuente recurrir a las producciones de otros sistemas regionales o internacionales de protección de los derechos humanos para determinar cómo fue tratada la cuestión en disputa y qué soluciones se propusieron. Interesa así el estado de cosas jurídico en otros ámbitos regionales

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

o internacional. Así, es frecuente encontrar referencias a resoluciones, informes, comentarios generales, consideraciones finales de diferentes órganos de protección de derechos humanos: de las Naciones Unidas o de otros sistemas como la Corte IDH, la CIDH, el sistema africano de protección. Aquí aparece un ejercicio de comparación. El resultado de esa comparación puede conformar en caso de convergencia lo que se puede resumir bajo la frase de “tendencia internacional”, por ejemplo, la tendencia en relación con el reconocimiento del matrimonio igualitario como un derecho de las personas con orientaciones sexuales, que no responde al patrón dominante, es considerada para la resolución de casos sobre la cuestión normativa en disputa —significado a.1: tendencia internacional—.

Por el otro lado, el argumento de derecho comparado surge como resultado de las comparaciones de cómo se ha tratado la cuestión bajo debate en los diferentes Estados que conforman un sistema regional de protección de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso del TEDH acude a normas, principios, sentencias de los Estados del Consejo de Europa. Por lo general, la finalidad es identificar el estado de cosas jurídico en los países de la región; la existencia —o no— de una tendencia en el derecho de los referidos Estados. Si se identifica una convergencia, el TEDH entonces habla de “consenso europeo”⁷ —significado a.2: tendencia regional—.

b) Dos funciones. El argumento de derecho comparado se utiliza para satisfacer dos pretensiones: la de racionalidad y la de corrección. La primera función se refiere a saturar toda la información y argumentos relevantes para la toma de la decisión y su justificación. Se trata de la determinación de cómo la cuestión del caso fue resuelta en los ordenamientos jurídicos de la región o en el ámbito internacional. Su función es descriptiva.⁸ Incluye las siguientes premisas descriptivas: ya en otro lugar

⁷ Algo similar aparece —pero con menor frecuencia—, en la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, esta no habla de “consenso interamericano”.

⁸ Por ejemplo, en el caso *Olliari vs. Italia* (2015) sobre reconocimiento jurídico de uniones civiles o matrimonio entre personas del mismo sexo, el TEDH realiza una larga referencia en el párr. 65 de su sentencia a la

Sobre el argumento de derecho comparado...

se practicó una determinada solución del problema discutido; las situaciones y soluciones son similares o diferentes. La forma del argumento no incluye hasta aquí ninguna premisa normativa —función 1—.

La segunda función apunta a satisfacer la pretensión de corrección —función 2—. El objetivo del uso del argumento de derecho comparado es considerado como parte de una cadena argumentativa para sostener la mejor interpretación de una norma de derechos humanos o la mejor justificación para la solución de un conflicto entre derechos. Esta forma del argumento de derecho comparado contiene una premisa normativa. Como sostuvo anteriormente, la forma del argumento de derecho comparado puede ser así precisada:

1. ya en otro lugar —ámbito internacional, región, Estado— se practicó una determinada solución del problema discutido;
2. esta solución ha permitido una armonización de los dos derechos en conflicto F;
3. F puede ser justificada con muy buenas razones;
4. las situaciones, cuestiones normativas del problema discutido en el caso bajo disputa y las de las adoptadas en otros lugares son similares, y
5. la solución practicada del problema discutido y su justificación debe ser considerada en la cadena argumentativa que sostiene la justificación del caso.

Como sostiene Alexy en la *Teoría de la argumentación jurídica*, el argumento de derecho comparado describe la situación de derecho en otra sociedad o Estado —esto es, un hecho— y determina similitudes y diferencias. Sin embargo, continúa Alexy, lo importante es que esta forma de argumento no solo implica cuestiones de hecho, sino que incluye “una premisa normativa”, que debe ser justificada.⁹ El uso del argumento de derecho compara-

decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Obergefell vs. Hodge* (2015) en el que reconoce el derecho constitucional a casarse con las personas del mismo sexo. Sin embargo, esta referencia no es retomada luego por el TEDH en la justificación material de la sentencia.

⁹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation...*, cit., p. 294.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

do para la satisfacción de la pretensión de corrección —función 2— supone su uso para la consideración de toda la información y argumentos relevantes, se relaciona con la pretensión de racionalidad —función 1, pretensión de racionalidad—. El problema es la relación inversa, es decir, cuando la argumentación se detiene en la descripción.

Sostengo que un uso correcto del argumento de derecho comparado en la argumentación debe contener una premisa normativa y su justificación. Solo de esa manera puede ser considerado como un argumento relevante en la cadena argumentativa —hipótesis—. Si esto es así, entonces el argumento de derecho comparado cumple una doble función: una descriptiva y una normativa. La forma del argumento de derecho comparado incluye así una premisa que contiene descripción y determinación de similitudes y diferencias, y otra, que supone una justificación de las razones de su aplicación para fundamentar la solución del caso en concreto —corrección—.

Las combinaciones entre los diversos usos y funciones posibilitan, por un lado, una reconstrucción crítica de la jurisprudencia del TEDH, cuando utiliza el argumento del derecho comparado como “consenso europeo” —tendencia regional— en su función descriptiva, como consenso europeo fáctico. Para luego admitir, sin más, que cabe reconocer al Estado un amplio margen de apreciación para determinar cómo quiere cumplir con las obligaciones de hacer que surgen de la CEDH. Aquí se vislumbra una especie de salto argumentativo. Por otro lado, permite explorar cómo juega el argumento de derecho comparado como tendencia internacional —significado 1— en una cadena de argumentos para justificar la mejor interpretación de las normas en conflicto —pretensión de corrección—. Por último, me permite discutir el uso del argumento para la determinación de la existencia descriptiva de un consenso regional —significado 2— para detectar tres problemas argumentativos: el de la identificación del objeto de comparación;¹⁰ el de la insuficiencia argumentativa y el de la incoherencia. En especial, me detendré en el segundo.

¹⁰ Véase nota al pie 6.

Sobre el argumento de derecho comparado...

5.3.1. El uso del argumento de derecho comparado como tendencia internacional y para satisfacer la pretensión de corrección

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”.¹¹ Ahora bien, como advierte G. Neuman,¹² sostener que son instrumentos vivos, que los sentidos de esos textos evolucionan, no aclara la forma en que esa evolución ocurre. En qué manantiales hurgará el Tribunal y en cuáles debería hacerlo. Por ejemplo, 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, y 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 en otros lugares.¹³ Lo decidido en otro lugar, las razones de esas decisiones, forma parte de la inter-

¹¹ Por ejemplo, en la jurisprudencia de la Corte IDH, véase *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, 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, núm. 134, párr. 106. Con posterioridad al caso *Atala*, véase Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, párr. 245; en el Tribunal Europeo véase TEDH, *Caso Tyrer vs. Reino Unido*, Sentencia de 25 de abril de 1978, núm. 5856/72, párr. 31; y 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 University Press, 2013, pp. 106-141.

¹² Neumann, G., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, en *European Journal of International Law*, núm. 19, 2008, pp. 101, 107.

¹³ Esta práctica se suele caracterizar como “apertura” de la jurisprudencia, véase Burgourgue Larsen, L. “Interpreting the European Convention”, en *Inter-American and European Human Rights Journal*, núm. 5, 2012, pp. 90-123.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

pretación evolutiva con aplicación de la regla de interpretación *pro personae*, que incluye una premisa normativa. Esta regla dice que debe elegirse la alternativa más favorable a la protección del derecho en disputa.¹⁴ Este uso como tendencia internacional y en su función normativa del argumento puede verse en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012) decidido por la Corte IDH.¹⁵ En el caso, se condenó al Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la autonomía y protección familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.¹⁶ El caso planteaba un problema de interpretación del artículo 1.1 de la Convención Americana que no contempla expresamente la orientación sexual en la enumeración de prohibiciones de discriminación. La Corte concluye que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en su artículo 1.1. La enumeración contiene así una cláusula de apertura, la lista es “ilustrativa y no exhaustiva”.¹⁷ Aquí emerge el argumento de derecho comparado cuando inte-

¹⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra*, párr. 84; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párr. 106; y *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, párr. 52.

¹⁵ El caso llegó como denuncia a la 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.

¹⁶ El caso se refiere a los siguientes hechos: la señora Atala estaba separada desde el 2002 y tenía a su cargo —de común acuerdo con su excónyuge— el cuidado y tuición de sus tres hijas. En noviembre de 2002, la pareja mujer de la señora Atala, la señora E. de R., se mudó a la casa de la señora 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 señora Atala denunció al Estado de Chile alegando que esta acción estatal —sentencia de la Corte Suprema— implicaba una violación al principio de no discriminación por orientación sexual, a la vida privada y familiar, entre otros.

¹⁷ Con referencia al caso del TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, Queixa núm. 33290/96, párr. 28.

Sobre el argumento de derecho comparado...

racciona con la jurisprudencia del TEDH sobre la materia.¹⁸ Se apoya en sentencias del TEDH en donde fue interpretado, como en el caso *Atala*, que el listado de categorías que se realiza en el artículo 14 del CEDH, es “ilustrativo y no exhaustivo”,¹⁹ que la orientación sexual es una “categoría de discriminación prohibida” y que cae bajo el amparo de la expresión “otra condición” del artículo 14²⁰ del CEDH (similar al 1.1. de la CADH), que prohíbe tratos discriminatorios.²¹

¹⁸ 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 estudios que sostienen que cuanto más novedosa la materia, mayores las referencias al derecho comparado y, por el contrario, cuanto mayor caudal de precedentes jurisprudenciales del propio tribunal sobre la materia, tanto más decrece la referencia a precedentes comparados. Saunders, Cheryl, “Judicial engagement with comparative law...”, *cit.*, pp. 571-598. Por lo demás, para un análisis empírico sobre por qué los tribunales aplican derecho comparado, véase el trabajo empírico de Law, D., “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”, en *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper*, núm. 14-03-02, 2014, 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.

¹⁹ Con referencias a TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, *supra*, párr. 28, en el que se establece que la lista de distinciones prohibidas del art. 14 de la CEDH no es exhaustiva sino ilustrativa. Véase también TEDH, *Caso Fretté vs. Francia*, núm. 36515/97, sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 32; TEDH, *Caso Kozak vs. Polonia*, núm. 13102/02, 2010, párr. 92; *Caso J.M. vs. Reino Unido*, núm. 37060/06, 2010, párr. 55, y *Caso Alekseyev vs. Rusia*, núms. 4916/07, 25924/08 y 14599/09, 2011, párr. 108.

²⁰ Art. 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”.

²¹ *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra*, párr. 87, con referencia a jurisprudencia TEDH. En particular, en el *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portu-*

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

Esta línea jurisprudencial comparada²² 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 señora Atala implicaban un accionar discriminatorio. Sigue la pauta del TEDH, que establece que para comprobar que una diferencia de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona. 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”.²³ Para concluir que la señora 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, 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 relevantes los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido, para

gal, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra amparado por el art. 14 del CEDH. Además, lo reiteró en TEDH, *Caso Clift vs. Reino Unido*, núm. 7205/07, sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57.

²² El TEDH cuenta ya con una larga historia jurisprudencial sobre casos referidos a la orientación sexual. Flávia Piovesan propone una periodización de esa jurisprudencia: se inicia en los años ochenta bajo la consigna de combate a la criminalización de las prácticas homosexuales consentidas entre adultos; sigue en los años noventa como lucha en contra de la discriminación por la orientación sexual; en 2000 la consigna incluye igualdad por reconocimiento; en 2002 se inicia la jurisprudencia referida al reconocimiento de los derechos de las personas trans; desde 2008 el derecho a adoptar de las personas con orientación homosexual, y a partir de 2010 se empieza a tratar la cuestión del matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo. Piovesan, Flávia, “Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos europeo e interamericano”, en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela; Piovesan, Flávia, *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012, pp. 1-26.

²³ Con referencia a TEDH, *Caso E.B.*, párrs. 88-89.

Sobre el argumento de derecho comparado...

concluir que la diferencia de trato se basó en la orientación sexual.²⁴

La Corte usa entonces el derecho comparado como parte de la interpretación evolutiva con aplicación de la regla de interpretación *pro personae* —“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”—.²⁵ Concluye así que los Estados tienen prohibido discriminar en virtud de la orientación sexual en desmedro de las personas LGBTTTTI.

Esta parte de la argumentación comprende dos pasos:

- a) la tendencia internacional es identificada —función descriptiva—;
- b) luego, esa tendencia es utilizada como un argumento en la cadena argumentativa que sostiene el resultado de la interpretación evolutiva, que bajo la aplicación de la regla interpretativa de inclinarse por el resultado que mejor protege al derecho, determina que está prohibido discriminar a las personas por su orientación sexual —función normativa—.

El uso normativo del argumento de derecho comparado —ya sea como tendencia internacional o regional— conforma la cadena argumentativa que busca satisfacer la pretensión de corrección.²⁶ Este uso se ve en forma aún más clara si se contrasta con el uso del argumento de derecho comparado como consenso europeo en su función descriptiva y como parte de una cadena argumentativa insuficiente. Este tipo de uso es frecuente en la jurisprudencia del TEDH, no así aún en la de la Corte IDH.

²⁴ Con referencia a TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, *supra*, párrs. 28 y 31 y *Caso E.B. vs. Francia*, sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 85.

²⁵ *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra*, 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 vs. Colombia*, *supra*, párr. 106.

²⁶ Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

5.3.2. El uso del argumento de derecho comparado para la determinación de la existencia o ausencia de un consenso (fáctico) regional

El derecho comparado se utiliza para identificar una tendencia en el derecho de los Estados de la región, en el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos, sería de los Estados del Consejo de Europa. Como adelanté, esto aparece bajo la frase “(in)existencia de consenso europeo”. El Tribunal suele presentar el resultado de la comparación. El proceso de comparación no aparece en la justificación de la sentencia, aunque sí una enumeración no exhaustiva del estado de la cuestión jurídica en los Estados que fueron tomados para la comparación. El proceso de comparación implicaría el tratamiento de las siguientes preguntas:

- a) El problema o cuestión que se discute en el caso, ¿fue tratado en los Estados del Consejo de Europa?
- b) Si fuere el caso, ¿a qué solución se llegó respecto del problema discutido?
- c) ¿Cuáles son las similitudes, diferencias, particularidades que presentan cada una de las soluciones?
- d) ¿Surge de la comparación una suerte de “común denominador”?
- e) ¿Se puede, entonces, concluir que existe un consenso sobre la materia jurídica objeto del caso que debe ser resuelto (p. ej., en relación con el reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas con la misma orientación sexual), o no existe consenso, o este es aún endeble?²⁷

El objetivo de la comparación es determinar si existe un consenso fáctico entre los Estados del Consejo de Europa.²⁸ Es

²⁷ Estas preguntas están presupuestas en las sentencias que se refieren al matrimonio igualitario bajo el manto de los arts. 8, 12 y 14 de la CEDH, véase, por ejemplo, *Kopf y Schalck vs. Österreich*, 2010; *Hämäläinen vs. Finlandia*, 2014, y *Oliari vs. Italia*, 2015.

²⁸ En el reciente caso *Artavia Murillo* sobre reproducción asistida, 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 vivos, sostiene que la Corte le ha otorgado espe-

Sobre el argumento de derecho comparado...

el propio Tribunal quien habla de “consenso europeo”²⁹ en sus sentencias. Alguien podría preguntarse, pero ¿cuál es el problema visto desde la perspectiva de la argumentación jurídica en su función reconstructiva y normativa? Hasta aquí habría que conceder que se trata de la determinación del estado de la cuestión jurídica en los Estados de la región. Y si hay convergencia en las soluciones, hasta se podría conceder que no es del todo alocado hablar de consenso/falta de consenso en un sentido descriptivo. El problema surge por dos puntos. No surge claramente de la jurisprudencia del Tribunal qué se desprende de esta identificación del estado de la cuestión jurídica. ¿Finaliza ahí? Es decir, ¿es mera información? ¿O es parte de una cadena argumentativa en donde el resultado de la comparación es solo un eslabón? La reconstrucción de la jurisprudencia no arroja una única respuesta. En un trabajo reciente, Londras y Dzehtsiarou³⁰ identifican tres usos diferentes del argumento del consenso europeo al que se le puede agregar un cuarto.³¹ Con esto alcanza para sostener la complejidad en el uso del argumento. Veamos los usos de un mismo argumento y sus escenarios:

cial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. En este sentido caracteriza 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”, 2012, párr. 245.

²⁹ Cuando emerge el consenso o no, por ejemplo, cuántos Estados deben presentar una solución similar para hablar de un consenso, no es claro. A los efectos de este trabajo, no es determinante explorar cómo se llega a determinar el consenso, véase una discusión al respecto en Wildhaber, L. *et al.*, “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court Of Human Rights”, en *Human Rights Law Journal*, núm. 33, 2013, pp. 248-263. Aquí interesa el uso del argumento como tal en la justificación de la sentencia.

³⁰ Londras, Fiona de y Dzehtsiarou, Kanstantsin, “Grand Chamber of the European Court of Human Rights, A, B and C vs. Ireland, Decision of 17 December 2010”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, núm. 1, 2013, p. 250, véase asimismo, Dzehtsiarou, Kanstantsin, “European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 4, 2015.

³¹ Corresponde con el uso que se presenta en 2.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

1. *No existe consenso europeo*, es decir, no hay una convergencia en el estado de cosas jurídico referido a la cuestión normativa en disputa, con la consecuencia de que la norma o práctica atacada es compatible con la Convención, salvo que la norma tenga una justificación desproporcionada en forma evidente. Dicho de otra manera: no se identifica consenso, entonces el Tribunal reconoce al Estado un amplio margen de apreciación para determinar cómo cumplirá con sus obligaciones. Así ocurre, por ejemplo, en los casos sobre matrimonio para personas del mismo sexo.³² Llevadas estas consideraciones al extremo, esto implica sostener que un hecho —la inexistencia de consenso acerca de cómo reconocer y regular el matrimonio igualitario— es utilizado para sostener un control leve de la justificación material alegada por el Estado respecto de la intervención del derecho a la vida privada, a la familia y a la no discriminación de las personas del mismo sexo.³³ Aquí ocurre un salto argumentativo, nada más ni nada menos que en materia de evaluación de una restricción a un derecho y respecto de un colectivo de personas que históricamente han sido discriminadas y que las consecuencias de esa discriminación persisten en desmedro del goce efectivo de sus derechos hasta la actualidad.³⁴
2. *No existe consenso europeo*, con la consecuencia de que la justificación de la norma atacada debe seguir siendo

³² Véanse *Shalck y Kopf vs. Austria*; *Hämäläinen vs. Finlandia*; *Olliari vs. Italia*. Cfr. Helfer, Laurence R. y Voeten, Erik, “International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe”, en *International Organization*, vol. 68, núm. 1, 2014, pp. 77, 106.

³³ Sobre el uso del argumento del consenso europeo como una nueva forma de expresión de la deferencia judicial, *cfr.*, Londras, Fiona de y Dzehtsiarou, Kanstantsin, “Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, núm. 15, 2015.

³⁴ Reconoció amplio margen de apreciación basado en la falta de consenso europeo y no identificó violación a los derechos en cuestión en los casos sobre: regulación de la reproducción asistida, uso de símbolos religiosos, en algunos casos sobre aborto, sobre los efectos legales del cambio de género, eutanasia, y en algunos casos sobre adopción, véase Dzehtsiarou, Kanstantsin, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights...*, *cit.*

Sobre el argumento de derecho comparado...

evaluada en cuanto a posibles razones materiales que alegue el Estado. Vale como ejemplo el caso *Hirst vs. Reino Unido* (2005), sobre derechos políticos de las personas presas. La legislación británica impone una prohibición general de sufragio a los condenados a prisión o reclusión, el TEDH resolvió que esto viola los derechos políticos de las personas (art. 3 del Protocolo 1 de la CEDH). El TEDH precisó que Reino Unido no es el único Estado que contempla tal prohibición. Agrega que si bien no se puede establecer un *common european approach* para el tratamiento de la cuestión del voto de los detenidos porque existe una variedad³⁵ en disputa, esto no puede ser determinante para resolver el caso.³⁶ De ahí que para el Tribunal, a pesar de que el margen de apreciación del Estado es amplio, no es omnicompreensivo, y se debe examinar si una restricción total y general a todos los condenados implica sobrepasar un margen de apreciación aceptable. Se examinan las razones estatales para justificar la restricción.

3. *Existe un consenso europeo identificable*, en el mismo sentido en el que se inscribe la norma o práctica estatal atacada. La consecuencia es entonces que la norma atacada es compatible con la CEDH. En el caso *Stoll vs. Suiza*, de-

³⁵ Véase párr. 33 de la sentencia.

³⁶ TEDH, *Hirst vs. Reino Unido*: “As regards the existence or not of any consensus among Contracting States, the Court notes that, although there is some disagreement about the legal position in certain States, it is undisputed that the United Kingdom is not alone among Convention countries in depriving all convicted prisoners of the right to vote. It may also be said that the law in the United Kingdom is less far-reaching than in certain other States. Not only are exceptions made for persons committed to prison for contempt of court or for default in paying fines, but unlike the position in some countries, the legal incapacity to vote is removed as soon as the person ceases to be detained. However, the fact remains that it is a minority of Contracting States in which a blanket restriction on the right of convicted prisoners to vote is imposed or in which there is no provision allowing prisoners to vote. Even according to the Government’s own figures, the number of such States does not exceed thirteen. Moreover, and even if no common European approach to the problem can be discerned, this cannot in itself be determinative of the issue”.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

cidido por una Cámara del TEDH, se condenó a Suiza por haber sancionado en virtud de una sentencia judicial a un periodista con una multa de 800 francos, por la publicación de material confidencial clasificado referido al entonces embajador de Suiza en Estados Unidos, en relación con una disputa sobre el patrimonio judío no reclamado. La Gran Cámara del TEDH revocó el fallo, decidió que no había violación. Entre otros argumentos, sostuvo que la norma del Código Penal Suizo 293 StGB establece sanción de multa en el caso de publicación de actas oficiales secretas, similares a otras normas de los Estados de la región: “a consensus appears to exist among the member States of the Council of Europe on the need for appropriate criminal sanctions to prevent the disclosure of certain confidential items of information”.³⁷ Sin embargo, el argumento del consenso europeo no fue el único considerado para examinar la justificación de la restricción. El TEDH consideró, asimismo, el monto leve de la sanción y el hecho de que el periodista hubiera podido expresar su opinión. Más allá de la decisión final del caso, lo que importa a los efectos de este trabajo es que la identificación de un consenso fáctico sobre el estado de cosas jurídico en la región sobre la materia en disputa, no implica detener el examen de la justificación estatal. El argumento del consenso es aquí un paso más en la cadena argumentativa.

4. *Existe un consenso europeo identificable* en el sentido contrario a la norma atacada. Por regla, significa que la norma atacada es contraria a la CEDH y el Estado demandado ha violado la Convención.³⁸ En estos casos, el Tribunal examina las razones alegadas por el Estado en forma intensiva, con lo que se restringe muy considerablemente el margen de apreciación de los Estados. En el conocido

³⁷ TEDH, *Stoll vs. Suiza*, 2007, párrs. 155, 157, 44.

³⁸ Por ejemplo, el TEDH identificó una violación a la Convención Europea basado en la existencia de consenso europeo sobre la materia en casos sobre el derecho al nombre, la no discriminación de niños nacidos fuera del matrimonio, objeción de conciencia y violación, entre otros, véase Dzehtsiarou, Kanstantsin, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights...*, cit.

Sobre el argumento de derecho comparado...

caso *Dudgeon vs. Reino Unido*, el argumento del consenso europeo a favor de la descriminalización de las prácticas homosexuales fue relevante para justificar la sentencia condenatoria para Reino Unido por las leyes que criminalizaban las prácticas sexuales entre homosexuales en Irlanda del Norte. Asimismo, el argumento de la existencia de un piso común europeo en contra del despido laboral por razón de la orientación sexual formó parte de la cadena argumentativa para justificar la sentencia que condenó a Reino Unido por las normas que excluían a las personas homosexuales del ejército. Luego de un análisis intensivo de la medida estatal, concluyó que se violó el derecho a la vida privada de las personas y a la no discriminación arbitraria de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Los escenarios arriba presentados demuestran la diversidad en los usos del argumento de derecho comparado referido al consenso europeo. A la luz de la satisfacción de la pretensión de corrección, en especial, resulta problemático el escenario 1. Las razones de la falta de consenso europeo en la materia no son sometidas al escrutinio a la luz de los derechos que se alegan afectados. Para ponerlo en términos claros, en los casos de discriminación por la orientación sexual justamente la falta de consenso a favor del reconocimiento del matrimonio igualitario, por ejemplo, tiene que ver con la tradición mayoritaria en los Estados de la región. Esas tradiciones conforman la restricción al derecho. Las personas afectadas por la restricción a su derecho atacan esa base. Esto forma parte del problema normativo del caso en sentido amplio. Por ello, responder que no se escrutará esa base bajo el manto de la falta de consenso europeo, implica un fuerte déficit argumentativo en materia de derechos humanos.

En principio, no es problemático que un tribunal compare la normativa de los Estados en la cuestión debatida para conocer cuál es el estado de cosas jurídico en la región. Tampoco es problemático que identifique como resultado de esa comparación comunes denominadores regionales. Un tribunal regional de derechos humanos está inserto en una comunidad regional

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

de habla, de interpretaciones.³⁹ Considerar esas normas, esas interpretaciones, para compararlas, responde al mandato de agotar, saturar la consideración de todos los argumentos relevantes —pretensión de racionalidad—. Así, el Tribunal identificó pisos europeos comunes a favor de la despenalización de las prácticas sexuales consentidas entre homosexuales y a favor de la no exclusión de empleos a las personas por su orientación sexual. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el caso de la identificación de pisos comunes en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo y en materia de adopción. Aquí aparecen los déficits argumentativos cuando el escrutinio de las razones materiales se detiene bajo la alegación de que no existe consenso en estas materias en la región y que entonces cabe al Estado reconocer un amplio margen de apreciación. A la postre, el examen de proporcionalidad y el de igualdad se reducen a un mero examen de evidencia. Las tradiciones atacadas que se expresan en las normas civiles no son escrutadas en sus (sin)razones materiales a la luz de los derechos afectados. Se trata del problema de la insuficiencia argumentativa.⁴⁰

³⁹ Sobre la función dialógica del argumento de derecho comparado, véase Repetto, G., “El argumento comparado en la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo: el pluralismo de los derechos fundamentales en el orden constitucional europeo”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 20, 2013, pp. 277-336.

⁴⁰ Emerge otro problema cuando la falta o no de consenso, en el estado de cosas jurídica sobre la materia debatida, no es utilizada en forma coherente. Por ejemplo, la falta de consenso europeo sobre derechos de las personas transexuales no fue determinante en el caso *Goodwin* (2002, párr. 90). Esa inexistencia se contrapuso a la identificación de una tendencia creciente en el ámbito internacional a favor del reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Por ello, resulta cuestionable el uso del argumento de la falta de consenso en la región europea sobre el derecho a casarse —o a mantener el matrimonio ya celebrado— de las personas transexuales —luego de su operación—. En *Hämäläinen vs. Finlandia* reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación. La tendencia internacional en favor de una mayor y mejor protección de los derechos de las personas transexual no es tomada en cuenta en la argumentación (párr. 74), como sí ocurrió en el caso *Goodwin*. Por el contrario, el voto en disidencia en el caso *Hämäläinen vs. Finlandia* toma en serio el postulado de la coherencia, los jueces Sajó, Keller y Lemmens consideran las dos tendencias, la regional europea y la internacional, y bajo consideración del caso destacado de

Sobre el argumento de derecho comparado...

5.3.3. El problema de la insuficiencia argumentativa

La descripción de los pisos comunes que surgen de la comparación de las normas de los Estados de la región —cuestión de hecho— no puede ser decisiva para sostener que se le concederá al Estado un amplio margen de apreciación para evitar tratar, por ejemplo, la alegación de discriminación por razón de la orientación sexual. La argumentación debería continuar, se debería justificar, por qué, por ejemplo, la inexistencia de comunes, la falta de convergencia, supone razones que sostienen —o no— la distinción. Se requiere argumentación material. De lo contrario, de una descripción se salta a sostener que no es necesario realizar un examen de igualdad de la medida estatal atacada. El problema de la insuficiencia argumentativa se puede ilustrar por medio del voto mayoritario en el citado caso *Kopf y Schalck vs. Austria* (2010). El tribunal sostiene la inexistencia de consenso europeo en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo:

[...] there is no European consensus regarding same-sex marriage.
[...] The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has developed rapidly over the past decade. Ne-

Christine Goodwin argumentan: “[...], regarding the absence of a consensus on the legal acknowledgment of acquired gender among the member States, the Court held that «the lack of such a common approach among forty-three Contracting States with widely diverse legal systems and traditions is hardly surprising. The Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals»” (*Christine Goodwin*, párr. 85). The Court went on to hold that the question of allowing legal recognition of acquired gender no longer fell within the State’s margin of appreciation (*Christine Goodwin*, párr. 93). As concerns this “trend”, we note that legal recognition of the rights of transsexual and intersex persons is being steadily strengthened worldwide. Regarding the significance of the lack of consensus among the member States, we therefore disagree with the majority from a methodological point of view”.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

vertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, [...].

El problema radica en que el Tribunal evita realizar un examen de igualdad de la falta de reconocimiento del matrimonio igualitario. Sostiene que como no existe consenso sobre el estado de cosas jurídico en la región, se debe reconocer a los Estados un *timing* para la introducción de los cambios legales.⁴¹ El argumento de la falta de consenso fáctico es utilizado para detener la argumentación. Justo en casos en los que se alega afectado el libre desarrollo de la personalidad, de la autonomía en cuestiones de orientación sexual o identidad de género, lo que se ataca como discriminatorio son las tradiciones,⁴² que sostienen la exclusión de las personas por no responder sus orientaciones a las de la mayoría. Del otro lado se contesta con una descripción de la falta de consenso, con la reiteración de que se trata de una cuestión referida a la moral o las tradiciones —justamente lo que se ataca por discriminatorias, y por el reconocimiento, entonces, a los Estados de un amplio margen de apreciación:

[i]t cannot be said that there exists any European consensus on allowing same-sex marriages. [...] In the absence of a European consensus and taking into account that the case at stake undoub-

⁴¹ *Ibidem*, párr. 105.

⁴² Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra*, párr. 92: “En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. 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 Americana”.

Sobre el argumento de derecho comparado...

tedly raises sensitive moral or ethical issues, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must still be a wide one.⁴³

El resultado de la comparación del estado de cosas jurídico en la región es utilizado para negar a los afectados el tratamiento de la cuestión de discriminación;⁴⁴ el Tribunal les niega el derecho a la justificación, o mejor dicho, a ponerla en tela de juicio.⁴⁵

⁴³ TEDH, *Hämäläinen vs. Finlandia*, 2014, párr. 75; *Kopf und Shalk vs. Austria*, cfr. *Olliari vs. Italia*, párr. 163.

⁴⁴ Al respecto véase el voto disidente de los jueces Sajó, Keller y Lemmens en *Hämäläinen vs. Finlandia*, 2014: “The Court should have recourse to general consensus as one of a set of tools or criteria [...]. the existence of a consensus is not the only factor that influences the width of the State’s margin of appreciation: that same margin is restricted where «a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake» [...] As a general rule, where a particularly important aspect of a Convention right is concerned, the Court should therefore examine individual cases with strict scrutiny and, if there has been an interference incompatible with Convention standards, rule accordingly —even if many Contracting States are potentially concerned. This rule applies to the present case: a particularly important facet of the applicant’s identity is at stake here, hence the narrower margin of appreciation afforded to the State”.

⁴⁵ “If human rights are distinctively counter-majoritarian then it makes no sense conditioning their scope and meaning on what the majority itself believes. For example, if the interpretation of the rights of groups such as children born out of wedlock (Marckx), homosexuals (Dudgeon, Frette, EB, Schalk and Kopf), juveniles (Tyrer, Handyside), prisoners (Hirst, Rohde vs. Denmark), transsexuals (Rees, Sheffield and Horsham, Goodwin), foreigners (Saadi vs. United Kingdom, Siliadin vs. France), religious minorities (Kokkinakis vs. Greece) and many others were made dependent on majoritarian preferences, then these groups would be denied of any protection under the Convention. This is because majoritarian preferences are typically biased against these groups, who are fewer in numbers and cannot bring about a change in domestic law through legislative process. Hence, if the role of the Court is to shield the interests of these groups from majoritarian preferences, then it shouldn’t distinguish between the Majoritarian preferences prevailing in the respondent state and the majoritarian preferences of the entire Council of Europe. For example, *lack of consensus amongst contracting states on whether same-sex partnerships should be recognised by law should be as irrelevant as a prejudiced moral climate towards homosexuals in the*

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

5.4. CONSIDERACIONES FINALES

La reconstrucción crítica de la argumentación en derechos humanos en el ámbito regional permite identificar dos usos del argumento de derecho comparado. Uno de esos usos es descriptivo, identifica el estado de cosas jurídico en los Estados de la región. El otro uso es normativo, se pregunta por las razones o las sinrazones de la convergencia o la divergencia del estado de la cuestión en los Estados de la región o en el ámbito internacional. Este uso forma parte de una cadena argumentativa relativa a la argumentación material sobre, por ejemplo, el examen crítico de la justificación alegada por el Estado demandado. La reconstrucción de estos dos usos fue posible a través de la revisita de la estructura del argumento de derecho comparado ensayada en forma escueta en la teoría de la argumentación jurídica.

El uso descriptivo del argumento de derecho comparado supone los siguientes pasos: primero, se identifica cuál es la cuestión jurídica debatida, luego se determinan las respuestas jurídicas dadas por los Estados de la región a la cuestión debatida, se establecen las similitudes, diferencias, particularidades. Así, surge el estado de cosas jurídico en la región sobre la cuestión en disputa. Si existe convergencia, hay consenso fáctico. Por el contrario, el uso normativo del argumento pone al uso descriptivo del argumento en su lugar. El mero consenso fáctico es insuficiente como argumento a la luz de satisfacción de la pretensión de corrección. Alexy me señala que el consenso fáctico puede suponer un consenso ideal. Es cierto, aunque no necesariamente. Desde la perspectiva del participante —en el lenguaje de los derechos humanos de la persona afectada por la restricción a los derechos—, del Estado, de los jueces, del *auditorium* ampliado —los habitantes de la región, la humanidad—, se requiere el desarrollo de la argumentación material. Esas posibles razones presupuestas detrás de un consenso fáctico requieren ser puestas sobre la mesa argumentativa y desafiadas por los argumentos

respondent state". Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009. (cursivas agregadas)

Sobre el argumento de derecho comparado...

de la contraria. Este es el meollo de la pretensión de corrección desde una perspectiva dinámica. En este sentido, el argumento del consenso fáctico es necesariamente un argumento incompleto que requiere ser desafiado, completado en la cadena de la argumentación material. El ideal regulativo de la pretensión de corrección en la argumentación en derechos humanos es inclinarse por la mejor justificación de los derechos.

El carácter incompleto del uso del argumento de derecho comparado como consenso fáctico es aún más claro si se concibe la argumentación jurídica desde la perspectiva de la concepción dialéctica, como sostiene Atienza. La argumentación se concibe como interacción que tiene lugar entre varios sujetos que participan en forma directa o indirecta. Aquí la pregunta clave es, según Atienza, cómo se puede persuadir a otro u otros de algo. El juego de la persuasión impacta en la respuesta a esta pregunta. En el juego de la argumentación de los derechos humanos desde el mirador ampliado, por lo general, no se trata de simplemente vencer al otro. Este sería el juego si solo los contrincantes formarían parte de la práctica, es decir, la parte afectada vs. el Estado. Sin embargo, en la práctica argumentativa de los derechos humanos, los otros actores relevantes son las y los jueces, los otros Estados de la región que toman las razones de las sentencias como guía de interpretación de las normas sobre derechos humanos, las y los activistas de derechos humanos que toman esas razones o atacan las sinrazones para preparar nuevos embates a los *statu quo* discriminatorios, los tribunales de otras regiones u organismos de protección internacional de derechos humanos que toman el *case law* de la región como fuente de inspiración, como expresión de una buena o mala práctica argumentativa.

En este sentido, la argumentación del Tribunal en la práctica de la justificación de la sentencia busca persuadir asimismo a estas otras audiencias. Algo queda claro desde la dimensión pragmática —y dialéctica— de la argumentación jurídica. No se puede persuadir a quienes juegan el juego del derecho, si los argumentos de la parte afectada no fueron tomados en serio, fueron silenciados, porque del otro lado, no existe un consenso fáctico en el estado de cosas jurídico en la región. Se excluye por medio de un hecho —falta de consenso fáctico— las voces de

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

los silenciados, invisibilizados.⁴⁶ En suma, para explorar los usos del argumento de derecho comparado en la argumentación en derechos humanos, se requiere trabajar no solo con la concepción descriptiva y normativa de la teoría de la argumentación jurídica, sino también con la dialéctica, tal como surge de la contribución de Atienza.

⁴⁶ Las normas de derecho común que excluyen al matrimonio igualitario son atacadas por ser instrumento de la discriminación. En palabras de Nancy Fraser: “[I]as leyes matrimoniales representan instituciones, que estructuran la interacción por un patrón institucionalizado de valor cultural que considera normativas unas categorías de actores sociales y deficientes o inferiores a otras: heterosexual es normal, gay es perversa [...] En todos los casos, *el efecto consiste en la creación de una clase de personas devaluadas a las que se impide participar en pie de igualdad con los demás en la vida social*”. Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid-Coruña, Morata-Padeia, 2006, pp. 36-37 (las cursivas son nuestras). Véase, asimismo, la argumentación de las personas afectadas en el caso *Olliari vs. Italia*, 2015, resumida por el TEDH en el párr. 113 de la sentencia.