



Dikaion

ISSN: 0120-8942

revista.dikaion@unisabana.edu.co

Universidad de La Sabana

Colombia

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, JOSÉ; VALDIVIA-AGUILAR, TRILCE
Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por
orientación sexual en el caso Atala
Dikaion, vol. 25, núm. 1, junio, 2016, pp. 53-74
Universidad de La Sabana
Cundinamarca, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72047555003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ENTRE DERECHOS IMPLÍCITOS Y DERECHOS NATURALES: LA CORTE IDH Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL CASO ATALA*

BETWEEN IMPLIED RIGHTS AND NATURAL RIGHTS:
THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS
AND NON-DISCRIMINATION BASED ON SEXUAL
ORIENTATION IN THE ATALA CASE

ENTRE DIREITOS IMPLÍCITOS E DIREITOS
NATURAIS: A CORTE IDH E A NÃO
DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL NO
CASO ATALA

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO**
TRILCE VALDIVIA-AGUILAR***

* Una versión parcialmente distinta y más breve de este trabajo fue presentada por ambos autores como ponencia en las XI Jornadas Internacionales de Derecho Natural: "El fundamento de las sentencias de la Corte IDH. Un análisis iusfilosófico", realizadas en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo en Chiclayo (Perú), del 20 al 22 de agosto de 2015. Agradecemos los comentarios recibidos durante el evento por parte del profesor Max Silva Abbott. Por otro lado, agradecemos también las observaciones críticas de dos árbitros anónimos de la revista *Dikaion* a una versión previa de este artículo. Es de destacar que esta investigación se financió con el premio del IV Concurso de investigaciones breves 2015, promovido por el Centro de Pensamiento Social Católico de la Universidad Católica San Pablo.

** Universidad Católica San Pablo, Perú. jchavezfernandez@ucsp.edu.pe

*** Universidad Católica San Pablo, Perú. tvaldivia@ucsp.edu.pe

RECIBIDO: 2 DE NOVIEMBRE DE 2015. ENVÍO A PARES: 3 DE NOVIEMBRE DE 2015.
APROBADO POR PARES: 17 DE DICIEMBRE 2015. ACEPTADO: 18 DE DICIEMBRE DE 2015.

DOI: 10.5294/DIKA.2016.25.1.3

RESUMEN

En este trabajo haremos un breve paralelo entre, por un lado, los argumentos que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos para establecer un supuesto derecho implícito a la no discriminación por orientación sexual en el caso Atala y, por otro lado, los argumentos que puede utilizar el iusnaturalismo para postular derechos naturales “subsiguientes” como derechos humanos no positivados autoritativamente a partir de la naturaleza humana. En este sentido, no nos ocuparemos aquí ni de reseñar, ni de refutar sistemáticamente los presupuestos, los argumentos o las conclusiones generales de la sentencia que se usará de ejemplo. Antes bien, el paralelo ofrecido nos permitirá evidenciar algunas de las ventajas teóricas de una aproximación iusnaturalista que, sin dejar de considerar la fuerza de la dimensión positiva del derecho, reconozca en la naturaleza humana el criterio normativo material primordial del establecimiento de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE

Discriminación; orientación sexual; caso Atala Riffo; derechos implícitos; derechos naturales subsiguientes; iusnaturalismo.

1 Para un esfuerzo en ese sentido puede consultarse: Trilce VALDIVIA AGUILAR, *Orientación sexual y discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una valoración crítica de la sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Arequipa, Fondo Editorial de la Universidad Católica San Pablo, 2015.

ABSTRACT

In this paper we make a brief comparison of the arguments of the Inter-American Court of Human Rights to establish an alleged implied right to non-discrimination based on sexual orientation in the Atala case and the arguments that natural law may use to postulate “subsequent” natural rights as human rights not positively presented in an authoritative manner based on human nature. In this sense, we will not review or systematically refute the presuppositions, arguments or general conclusions of the judgment used as an example. The parallel offered will allow us to demonstrate some of the theoretical advantages of an approach from natural law that recognizes in human nature the primordial normative criterion of the establishment of human rights without disregarding the strength of the positive dimension of law.

KEYWORDS

Discrimination; Sexual Orientation; Atala Riffo Case; Implied Rights; subsequent natural rights; Natural Law.

RESUMO

Neste trabalho faremos um breve paralelo entre, por um lado, os argumentos utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para estabelecer um suposto direito implícito à não discriminação por orientação sexual no caso *Atala* e, por outro lado, os argumentos que podem ser utilizados pelo jus naturalismo para postular direitos naturais “sub seguintes” como direitos humanos não positivados autoritariamente a partir da natureza humana. Neste sentido, aqui não nos ocuparemos nem de resenhar, nem de refutar sistematicamente as suposições, os argumentos ou as conclusões gerais da sentença que se usará como exemplo. Antes, o paralelo oferecido nos permitirá evidenciar algumas das vantagens teóricas de uma aproximação jus naturalista que, sem deixar de considerar a força da dimensão positiva do direito, reconheça na natureza humana o critério normativo material primordial do estabelecimento dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE

Discriminação; orientação sexual; caso *Atala Riffo*; direitos implícitos; direitos naturais sub seguintes; jus naturalismo.

SUMARIO: 1. LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL COMO DERECHO IMPLÍCITO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A PARTIR DEL CASO ATALA; 2. ALGUNAS DIFICULTADES DE LA PROPUUESTA DE LA CORTE IDH PARA LA DEDUCCIÓN Y ARGUMENTACIÓN DEL SUPUESTO DERECHO IMPLÍCITO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL; 3. LA DOCTRINA HERVADIANA DE LOS DERECHOS NATURALES SUBSIGUIENTES Y DE LA PROMULGACIÓN DEL DERECHO NATURAL; 4. LOS DERECHOS HUMANOS IMPLÍCITOS Y LA NATURALEZA HUMANA; COLOFÓN; BIBLIOGRAFÍA.

1. LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL COMO DERECHO IMPLÍCITO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A PARTIR DEL CASO ATALA

En este apartado nos ocuparemos de evidenciar los mecanismos a través de los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha interpretado el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) para deducir de este la existencia de un supuesto derecho implícito a la no discriminación por orientación sexual.

La Corte IDH se encuentra facultada para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH.² En el ejercicio de esta prerrogativa, no han sido pocas las ocasiones en que el Alto Tribunal Interamericano ha intentado desarrollar un conjunto de derechos no contemplados en el texto de la CADH.³ Estos derechos no enunciados o no enumerados, se conocen en la doctrina como “derechos implícitos”,⁴ y comprenderían tanto a aquellos derechos no expresados clara y determinadamente en una norma jurídica positiva como a los contenidos nuevos de aquellos derechos expresamente reconocidos en la norma positiva.⁵

A juicio de la Corte, el proceder antes mencionado se encontraría justificado positivamente en las siguientes disposiciones. En primer lugar, en lo prescrito por el

2 Cfr. Artículo 62.3 de la CADH.

3 Entre otros, pueden citarse como ejemplos los derechos a la verdad y a la efectiva sanción penal, así como los derechos a la propiedad comunal indígena. Cfr. CORTE IDH, *Almonacid Arellano* y otros contra Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, §148-150, y CORTE IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* contra Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79, §148-153, respectivamente.

4 Así nos lo recuerda Gros Espiell: “Estos derechos no enunciados o no enumerados han sido llamados a veces por la doctrina ‘derechos implícitos’ o ‘derechos inherentes’, ya que, cuando se refieren a derechos propios e innatos de la persona humana, solo pueden encontrarse en una concepción jusnaturalista, en virtud de la cual existen derechos inherentes a la persona humana, anteriores al Estado y a toda organización constitucional” (Héctor GROS ESPIELL, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el Constitucionalismo Americano y en el artículo 29.C de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 4 (2000), p. 146).

5 Cfr. Luis CASTILLO CÓRDOVA, “Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos”, en *Gaceta Constitucional: Jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces* 5 (2008), pp. 31-48.

artículo 29.c de la CADH, que impele al Tribunal a que en su ejercicio interpretativo no excluya otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno. No obstante, queda claro que esta cláusula no puede interpretarse de forma aislada respecto de los incisos anteriores, de los que se deduce que el intérprete interamericano debe preferir siempre aquella norma más protectora y favorable,⁶ así como aquella interpretación no lesiva y menos restrictiva⁷ del contenido obligatorio e indisponible de los derechos humanos, lo que en derecho internacional de los derechos humanos se conoce como principio *pro homine*. En segundo lugar, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que indica: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, que en el caso de los tratados de derechos humanos no es otro que la promoción y protección de los derechos de las personas. Adicionalmente, a través de su jurisprudencia, la Corte ha añadido el llamado criterio “evolutivo” de interpretación, según el cual los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.⁸

Sentado lo anterior, conviene preguntarnos sobre la forma como la Corte IDH deduce o desarrolla estos contenidos implícitos de derechos humanos. Candia ha identificado convenientemente el siguiente procedimiento:⁹

- a. Primero, la Corte IDH afirma que las disposiciones convencionales deben interpretarse de conformidad con los criterios mencionados en el párrafo precedente.
- b. Seguidamente, el Alto Tribunal —en la mayoría de los casos— hace referencia a una disposición convencional cuyo texto es vago e indeterminado.
- c. Finalmente, la Corte indica que dicha disposición exige necesariamente para su interpretación la adopción de un cierto estándar, en la mayoría de los casos, proveniente de otros tratados internacionales de derechos humanos, así como de la jurisprudencia y las opiniones de otros Tribunales y órganos de protección.

Asimismo, una de las peculiaridades de este procedimiento es la derivación de otros derechos a partir de contenidos implícitos anteriormente deducidos.

6 Cfr. Karlos CASTILLA JUÁREZ, “El Principio pro persona en la Administración de Justicia”, en *Cuestiones Constitucionales* 20 (2009), pp. 65-83, 72-74.

7 *Ibid.*, pp. 76-77.

8 Cfr. CORTE IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16, § 114; CORTE IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, núm. 134, §106.

9 Gonzalo CANDIA FALCÓN, “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho* 42 (3) (2015), p. 876.

Este procedimiento, aunque con una variante en el orden de los criterios a) y b), es el seguido por la Corte IDH en la sentencia del caso Atala, para intentar deducir del artículo 1.1. de la CADH, un supuesto contenido implícito del principio de igualdad: la no discriminación por orientación sexual. En los fundamentos 78 al 82 de la sentencia, el Tribunal se refiere al principio de igualdad ante la ley y no discriminación,¹⁰ el que según su criterio ha ingresado al dominio del *jus cogens*, y ello implica que “es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares”.¹¹ Así, para la Corte IDH, la igualdad es un principio del derecho internacional de los derechos humanos, cuyo contenido se desprendería directamente de

...la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.¹²

Más adelante, a partir del fundamento 83, la Corte recurre a los criterios hermenéuticos evolutivo y *pro homine*, a fin de interpretar la expresión “otra condición social”, afirmando que: “Los criterios en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1. de la Convención Americana no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo”.¹³

Finalmente, de los fundamentos 86 al 91, la Corte IDH indica que la aplicación de los criterios evolutivo y *pro homine*, lleva a interpretar la expresión “otra condición social” de la cláusula 1.1 de la CADH como necesariamente comprensiva de la categoría “orientación sexual”. Ello, a partir de la definición de

10 A la letra: “Artículo 1.1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Sobre la interpretación de este artículo ha señalado la Corte IDH: “El artículo 1.1. de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del Tratado (se refiere a la Convención) dispone la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna” (Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC -4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, §53).

11 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, §100.

12 Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia del 12 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, § 79. Otros documentos de la Corte en los que se entiende así la noción de igualdad son: Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 25 de junio de 2005, serie C, núm. 127; Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146; Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214; Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, cit.; Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, cit.

13 Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, §85.

discriminación propuesta por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; los estándares desarrollados en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo en su interpretación del artículo 14 del Convenio Europeo, que califican a la orientación sexual como característica personal innata o inherente; el *soft law* producido por la Organización de Estados Americanos¹⁴ y la Asamblea General de las Naciones Unidas;¹⁵ así como los pronunciamientos de diversos órganos de seguimiento de protección de derechos humanos en el seno del sistema universal,¹⁶ los que han calificado a la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

Cabe añadir que, a partir de este supuesto contenido implícito, la Corte deriva un nuevo concepto de familia que estaría, a su modo de ver, protegido también por la Convención Americana, y así, citando nuevamente a la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, afirma:

...la noción de vida familiar abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación, pues [el TEDH] consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la vida familiar”.¹⁷

Descrito el procedimiento de desarrollo interpretativo del supuesto derecho a la no discriminación por orientación sexual del artículo 1.1. de la CADH, resulta pertinente valorar críticamente este ejercicio, tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias.

2. ALGUNAS DIFICULTADES DE LA PROPUESTA DE LA CORTE IDH PARA LA DEDUCCIÓN Y ARGUMENTACIÓN DEL SUPUESTO DERECHO IMPLÍCITO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

En este acápite nos ocuparemos de evidenciar las dificultades del proceder de la Corte IDH respecto del tópico señalado a partir del ejemplo del caso Atala.

14 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Asamblea General, Resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, AG/RES, 2435 (XXXVIII-O/08); AG/RES, 2504 (XXXIX-O/09); AG/RES, 2600 (XL-O/10); AG/RES, 2653 (XLI-O/11).

15 NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, Sexagésimo Tercer Período de Sesiones, 22 de diciembre de 2008.

16 NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos, Resolución núm. 17/19 sobre Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Décimo séptima sesión, 14 de julio de 2011.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos, Dictamen de 31 de marzo de 1994, Comunicación 488/1992, Caso Nicholas Toonen c. Australia.

NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, Observación general núm. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, del 02 de julio de 2009.

NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos del niño, Observación general núm. 13, El VIH y los derechos del niño, del 17 de marzo de 2003.

17 Corte IDH, Atala Ríffo y niñas vs. Chile, *cit.*, § 174.

Consideramos conveniente precisar que, en nuestra opinión, la labor interpretativa de la Corte IDH no supone en sus propios términos —ni puede suponer en sí misma— la “creación” de derechos implícitos a modo de derechos positivos o meramente consensuales. No olvidemos que los textos de los tratados internacionales de derechos humanos encuentran su fundamento último de obligatoriedad, no en el consentimiento de los Estados sobre las disposiciones en ellos expuestas —lo que, desde luego, tiene la mayor importancia—, sino en los contenidos materiales que estas disposiciones precisan, garantizan y protegen.¹⁸ En ese orden de ideas, el desarrollo de derechos implícitos de la CADH debiera ser consecuencia de un ejercicio interpretativo del texto explícito de la misma, que sin contravenirlo, descubra progresivamente los contenidos materiales deónticos de justicia que residen en la única fuente material universal y permanente de donde pueden provenir en última instancia: la común naturaleza humana y sus fines, sobre lo que tendremos oportunidad de volver más adelante.

Asimismo, es pertinente notar que el texto de la CADH es uno de carácter indeterminado y general, que contiene solo un detalle mínimo descriptivo de los derechos, descripción fijada o formulada —como no puede ser de otra manera— en un lenguaje histórico e institucional que es incapaz de agotarlos, ni teórica ni prácticamente. Además, el derecho internacional de los derechos humanos es un “derecho de mínimos”, que no aspira a enumeraciones taxativas, pues supone que puedan reconocerse en otros cuerpos normativos más derechos humanos que el tratado no explicita. Por consiguiente, la labor interpretativa de la Corte IDH adquiere un carácter evolutivo, que permite considerar lo no permanente de lo debido a cada ser humano, sin que con ello se contravenga el texto explícito de la CADH.¹⁹

No obstante lo señalado, el proceder de la Corte para el desarrollo de contenidos implícitos ha configurado, para un sector de la doctrina, más que una labor propiamente interpretativa, una más bien “creadora” de derechos humanos.²⁰ En los

18 A decir de Gros Espiell, la existencia de normas relativas a derechos no enunciados o no enumerados en la CADH “es una consecuencia de la filosofía jusnaturalista en cuanto fundamento de los derechos humanos, immanentes a la naturaleza humana, resultantes de la dignidad de la persona, anteriores al Estado y a la Constitución, que esta se limita a definir, precisar, garantizar y proteger” (Héctor GROS ESPIELL, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el Constitucionalismo Americano y en el artículo 29.C de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 4 (2000), pp. 145-173, p. 146).

19 En ese sentido, compartimos lo afirmado por el juez Vio Grossi, en su voto parcialmente disidente en la sentencia del caso Duque contra Colombia, en el que manifiesta: “la interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aún la que ejercería la función normativa. Lo que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ellas prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas” (CORTE IDH, Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi en la sentencia del caso Duque vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 310, sentencia del 26 de febrero de 2016, p. 7).

20 Cfr. Laurel BURGORGUE-LARSEN, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales* 12 (1) (2014), p. 125. Citado por Gonzalo CANDIA FALCÓN, “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pp. 105-106.

siguientes párrafos, a partir del ejemplo del caso Atala, mostraremos que la opinión de este sector de la doctrina no resulta del todo ajena al íter argumentativo de la Corte IDH en sus decisiones.

Como se expuso en el acápite anterior, la Corte IDH intentó deducir el supuesto derecho implícito a la no discriminación por orientación sexual a partir del artículo 1.1 de la CADH. La Corte IDH fue enfática en reiterar sus criterios jurisprudenciales en relación con la noción de igualdad, la que se desprendería directamente de la unidad de naturaleza del género humano y sería inseparable de la dignidad esencial de la persona. Sin embargo, resulta por lo menos curioso que la Corte, al momento de incorporar un nuevo criterio sospechoso de discriminación, no argumentara de qué forma concreta hacer una diferencia de trato en virtud de este criterio rompería esta unidad de la naturaleza del género humano. ¿Podría parecer suficiente —como hizo la Corte IDH— citar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y afirmar que la orientación sexual es una característica personal de tipo innato e inherente, sin explicar cómo resulta innata o inherente al modo propio de ser de los hombres, es decir, a la naturaleza humana?²¹ No criticamos que la Corte IDH busque identificar nuevas formas prohibidas de discriminación,²² pues podrían darse en la historia formas de marginación sistemática de determinados grupos sociales en virtud de criterios que en la actualidad ningún texto de derechos humanos proscribiera. Lo que sí consideramos pernicioso, es que al momento de supuestamente deducir nuevos criterios de discriminación prosritos por la CADH, y más aún de calificarlos como categorías sospechosas de discriminación, la Corte IDH se limite a señalar que, con base en una interpretación evolutiva y *pro homine*, estos criterios deben ser necesariamente incorporados al catálogo, sin siquiera preguntarse si los mismos coadyuvan a la unidad del género humano fundada en la común naturaleza humana.

Por otro lado, si bien es cierto que la Corte debió interpretar la CADH conforme a las circunstancias históricas de tiempo y de lugar —es decir, lo que podría llamarse “de manera evolutiva”—, ello no implicaba, desde luego, interpretar la CADH obviando el texto expreso y el sentido explícito de la misma. Nos preguntamos, por ejemplo, por qué la Corte IDH no se ocupó de definir el

21 Para un análisis sobre el supuesto carácter innato o inherente de la orientación sexual, puede consultarse: Trilce VALDIVIA AGUILAR, *Orientación sexual y discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos*, op. cit., pp. 31-45.

22 Resulta pertinente precisar que en este trabajo no empleamos como sinónimos los términos “criterios prohibidos de discriminación” y “categorías sospechosas de discriminación”. Siguiendo a Bayefsky, consideramos que existe una jerarquía de criterios prohibidos de discriminación, siendo aquellas históricamente más graves las consideradas como categorías sospechosas (cfr. Anne BAYEFISKY, “The principle of equality or Non-discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal* 11 (1-2) (1990), pp. 1-34). Adicionalmente, es preciso señalar que asignarle a una categoría el estatus de “sospechosa” resulta relevante en cuanto a sus efectos, pues toda medida que diferencie en virtud de estos motivos, se presume como inconstitucional o inconvencional, lo que se traduce en una inversión de la carga probatoria y en la aplicación del llamado test de escrutinio estricto (cfr. Ariel DULITZKY, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en Danilo CAICEDO y Angélica PORRAS, *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, 2010, pp. 575-612, p. 590).

sentido corriente de la expresión “otra condición social”, si la Convención de Viena ordena que los términos de un tratado sean interpretados, conforme su sentido corriente, a la luz de su objeto y fin. Como hemos señalado, el enfoque del instrumento vivo debe aplicarse conforme a las reglas de interpretación de la Convención de Viena. Es decir, en la interpretación y argumentación de los contenidos implícitos de los derechos humanos, debe situárseles en un momento histórico concreto; no obstante, este ejercicio no debe conducir a una interpretación *contra legem* del texto convencional. En la sentencia del caso Atala, a decir de Ruiz Chiriboga, “la Corte Interamericana no siguió esta lógica interpretativa [...] se limitó a usar el principio *pro personae* (objeto y fin de la Convención) para justificar su conclusión, sin antes dar luces sobre el significado corriente de la frase ‘otra condición social’”.²³

La Corte IDH repitió este proceder al momento de interpretar el artículo 17. 1 de la CADH, que señala:

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y por el Estado [...]. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en la Convención.²⁴

En tal sentido, la Corte IDH obvió la definición en el sentido corriente de los términos “elemento natural y fundamental”, y se limitó a recurrir al enfoque del instrumento vivo, citando los estándares del TEDH, cuya pertinencia como fuente interpretativa resulta sumamente controversial, toda vez que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contiene un artículo específico como el 17.1. de la CADH, en el que reconozca a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”. En suma, como en su momento lo indicó el juez Alberto Pérez Pérez en su voto disidente en la sentencia del caso que analizamos:

El hecho incontrovertible de que actualmente exista una pluralidad de conceptos de familia, como se recoge en la nota 191 de la sentencia, no quiere decir que necesariamente todos y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la Convención Americana, incluso interpretada evolutivamente según los parámetros mencionados entiende por familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, o a los que los Estados partes que tienen disposiciones análogas entienden por tal. Tampoco quiere decir que todos los Estados deban reconocer a todos los conceptos o modelos de familia.

23 Oswaldo RUIZ CHIRIBOGA, “Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano”, en Joaquín MEJÍA (coord.), *Los derechos humanos en las sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*, Guaymuras, Casa San Ignacio, 2012, pp. 175-218, p. 192.

24 CORTE IDH, Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez en la sentencia del caso Atala Ríffo y niñas *vs.* Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, § 21.

Si bien, como precisamos anteriormente, la fuente última de la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos no reside en el consenso de los Estados ni en el consenso arribado al interior de un Estado, el que la Corte haga nugatoria la aplicación de criterios locales para la deducción de contenidos implícitos de derechos humanos, resulta sumamente cuestionable, siendo que la general aceptación social respecto de la justicia del reconocimiento del contenido implícito de un derecho otorga legitimidad y efectividad al mismo.²⁵ Incluso, termina siendo aún más cuestionable que en lugar de aplicar los criterios locales al interior del Estado supuestamente responsable de una violación de derechos humanos —para el caso Atala, Chile—, la Corte recurra a los supuestos consensos arribados en otros sistemas de derechos humanos²⁶ —en especial a aquellos recogidos por el TEDH— y expresados en su mayoría en normas de derecho meramente indicativo o *soft law*.²⁷

Como podemos apreciar, el proceder de la Corte IDH para la deducción del derecho implícito a la no discriminación por orientación sexual se aleja de un accionar interpretativo, y se acerca más bien a un activismo judicial que puede considerarse desfigurador del texto convencional. Esta manera de proceder deja serias dudas en relación con la validez y la vigencia de los estándares “creados” por el Alto Tribunal. Ello se evidencia, por ejemplo, en algunos de los principales puntos controvertidos del caso Duque contra Colombia, el segundo caso contencioso de no discriminación por orientación sexual resuelto por la Corte IDH. Adrián Lengua relata que la defensa del Estado de Colombia en la audiencia pública del litigio “argumentó que en el momento en el que el señor Duque solicitó la pensión por sobrevivencia (2002) aún existía una ‘zona gris’ en la que no había claridad sobre las obligaciones internacionales de los Estados en relación con la protección del

25 A decir del juez Vio Grossi: “a quien le compete el ejercicio de la función normativa en el ámbito correspondiente a la Convención, especialmente en relación con asuntos de alto contenido ético y moral y que se consideran conforman la base de la sociedad, en los que, por ende, se involucran legítimas concepciones ideológicas, morales, religiosas y aún éticas, es a sus Estados partes y no a la Corte, ejercicio que, además y dado el actual escenario institucional interamericano, de darse, sería más democrático y suministraría mayor legitimidad a la norma que eventualmente se adopte” (Cfr. CORTE IDH, Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi en la sentencia del Caso Duque vs. Colombia, *cit.*, p. 10).

26 Para Ruiz Chiriboga, algunas dificultades de la importación de criterios adoptados en otros sistemas de derechos humanos serían: primero, es el sistema interamericano el que le ha dado vida y jurisdicción a la Corte, por lo que siempre debe partir del propio sistema; segundo, si la Corte se limita a importar las decisiones de otros tribunales, estaría imponiendo en nuestro hemisferio los supuestos consensos a los que se ha arribado en otros continentes; y, tercero, que el no partir de instrumentos locales puede traer consigo que se ignoren los consensos regionales al interior del sistema interamericano. Esto último, podría llevar a juzgar que la Corte IDH se remite al derecho interno solo cuando le es útil y que la normativa interna de los Estados parte en la CADH tendría el mismo peso o valor que la normativa de Estados que no son parte o que ni siquiera pertenecen al sistema interamericano. (Cfr. OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA, “Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación...”, *op. cit.*, pp. 179-180, 188).

27 Más aún, estos documentos son citados de modo asistemático, siendo irrelevante si los textos utilizados provienen de la OEA o de Europa, de un comité o de un relator, si se trata de una sentencia o de un informe, si se han emitido antes o después de acaecidos los hechos (cfr. *Ibid.*, p. 190).

supuesto derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo”,²⁸ toda vez que la primera sentencia en el sistema interamericano en la que se habla de un supuesto derecho implícito a la no discriminación por orientación sexual es el fallo que comentamos, publicado en febrero de 2012.²⁹ Estos hechos nos llevan a colegir que el proceder de la Corte IDH cuando se trata del desarrollo de contenidos implícitos, no hace sino mermar la percepción de los Estados respecto de la obligatoriedad del reconocimiento y protección de los mismos fundada en un sustrato material; en ese sentido, los derechos humanos parecerían reducirse a meros derechos positivos creados arbitrariamente por la Corte, y sometidos luego al consenso de los Estados para su efectiva protección.³⁰

Hay quienes ven con reprobación intentos —como el de la Corte— de ir más allá de la voluntad expresa del texto normativo recurriendo a través de la dignidad humana —y de manera encubierta— a cierta idea vaga y ambigua de “naturaleza de las cosas”. Este modo de argumentar, a juicio de estos críticos, caería en los mismos errores que el iusnaturalismo, por lo que ambos deberían descartarse.³¹ En ese sentido creemos que resulta del todo interesante comparar la argumentación propia de la Corte IDH en el caso *Atala* por la cual pretende establecer un derecho humano implícito a la no discriminación por orientación sexual y la argumentación que un sector del iusnaturalismo podría hacer a favor de ciertas exigencias básicas de justicia universal no positivadas. Pero para ello será preci-

28 Adrián LENGUA PARRA, “¿Una decisión progresista o una Corte tibia? Caso *Duque vs. Colombia*, la segunda sentencia sobre derechos LGTBI en el Sistema Interamericano”, en *Enfoque Derecho*, en: <http://enfoquederecho.com/internacional/una-decision-progresista-o-una-corte-tibia-segunda-sentencia-sobre-derechos-lgtbi-en-el-sistema-interamericano/>. Del mismo modo, en el fundamento 143 de la sentencia se señala: “El Estado argumentó que no habría incurrido en responsabilidad internacional como consecuencia de las sentencias que decidieron la tutela interpuesta por la presunta víctima en el año 2002, ya que no habrían existido elementos en el derecho internacional que exigieran ejercer un control de convencionalidad o aplicar estándares internacionales para fallar de manera favorable las pretensiones de la presunta víctima” (Corte IDH, Caso *Duque* contra Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 310, sentencia del 26 de febrero de 2016).

29 En opinión del juez Vio Grossi, en el caso citado, no existió propiamente *causa petendi*, dado que resultaría del todo evidente que “a la época en cuestión, no existía la obligación jurídica internacional de otorgar una pensión de supervivencia a la persona que tenía una unión de hecho con la fallecida del mismo sexo, puesto que no se reconocía en el ámbito internacional tales uniones, por lo que no era procedente invocarlas como sustento del objeto litigioso o de la pretensión de derecho de solicitar la pensión en comento” (Corte IDH, Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi en la sentencia del caso *Duque vs. Colombia*, *cit.*, p. 5).

30 Por ejemplo, para Candia, la deducción de derechos y contenidos implícitos del texto de la CADH atenta contra el principio de irretroactividad, esencial a un Estado de derecho. A decir del autor: “cuando la Corte sanciona a un Estado por la infracción de un derecho implícito, lo que en la práctica hace es condenarlo por el incumplimiento de una obligación. Sin embargo, tratándose de obligaciones derivadas de derechos implícitos, el Estado no tenía la posibilidad conceptual de asumir la ejecución de esa obligación en el pasado dado que simplemente la desconocía. De allí que la retroactividad de la condena, en este caso aptricular, importa la afectación de un elemento adicional del Estado de derecho: la posibilidad de que las ‘conductas exigidas por el derecho [puedan ser cumplidas] por los destinatarios de las normas” (Gonzalo CANDIA FALCÓN, “El Estado de Derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Dikaion* 24 (2) (2015), pp. 225-252, p. 241).

31 Cfr., por ejemplo, Ilena MASSA PINTO, “Derechos e interpretación: la argumentación ambigua de ‘naturaleza de las cosas’ en la jurisprudencia constitucional italiana y la cuestión del reconocimiento jurídico de la unión homosexual”, en *Derechos y libertades* 30 (2014), pp. 71-102.

so primero explicar brevemente la doctrina hervadiana de los derechos naturales “subsiguientes” y de su necesaria “promulgación”.

3. LA DOCTRINA HERVADIANA DE LOS DERECHOS NATURALES SUBSIGUIENTES Y DE LA PROMULGACIÓN DEL DERECHO NATURAL

No es la idea de este apartado ni siquiera resumir la aproximación iusfilosófica de Javier Hervada a los derechos humanos.³² Trataremos más bien de exponer brevemente solo las tesis mencionadas en el acápite anterior con la intención de contar con una herramienta teórica que nos permita realizar el contraste ofrecido.

Cianciardo ha destacado que en Hervada se da la identificación de la juridicidad de los derechos humanos con su existencia.³³ Tesis que otros iusnaturalistas contemporáneos —como Finnis³⁴ o Pérez Luño—³⁵ ciertamente no comparten. En palabras de Hervada:

...solo si se admite una noción de derecho, compatible con la existencia de un núcleo fundamental de derecho distinto del derecho positivo, es posible una teoría de los derechos humanos coherente con lo que quiere expresarse con ella: que la ley positiva no es soberana frente al hombre, porque este posee unos bienes jurídicos inherentes que preexisten a la ley positiva y que son medida de justicia o injusticia de la ley positiva.³⁶

Para Hervada, los derechos humanos son derechos naturales, es decir, bienes que todo hombre tiene como cosa suya por su dignidad ontológica —es decir, una dignidad que es manifestación de su naturaleza humana o condición de persona— y que le son debidos por encontrarse en relación de justicia natural.³⁷ Pero, a su juicio,

32 Se puede confrontar Juan CIANCIARDO, “*Humana Iura*. Realidad e implicaciones de los derechos humanos”, en Pedro RIVAS (editor), *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la Filosofía jurídica de Javier Hervada*, Lima, ARA Editores, 2005, pp. 117-143; Daniel Alejandro HERRERA, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Buenos Aires, EDUCA, 2012, pp. 237-382; y José CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *Persona humana y derecho. Un diálogo con la Filosofía jurídica de Javier Hervada*, México, Porrúa, 2014, pp. 1-110.

33 Para Cianciardo, un tratamiento más profundo de la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales le hubiera permitido a Hervada una distinción más precisa entre realidad y juridicidad de los derechos humanos. Señala: “Partiendo de un concepto de Derecho distinto del que parte Hervada, el que habitualmente se utiliza, los derechos humanos solo serán plenamente jurídicos si son legales (fundamentales). Esto, sin embargo, no impide su existencia en aquellos sistemas jurídicos que no los reciban como fuentes de derecho: siguen siendo reales y siguen siendo exigencias morales que el derecho no debería desconocer si quiere tener obligatoriedad moral (i. e. ser justo)”. (Juan CIANCIARDO, “*Humana Iura*. Realidad e implicaciones de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 142).

34 Cfr. John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 304-308.

35 Cfr. Antonio PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 46-47.

36 Javier HERVADA XIBERTA, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del derecho”, en *Escritos de derecho natural*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1993, p. 460.

37 Para Hervada, “el derecho natural –lo justo natural– es aquella cosa que está atribuida a un sujeto –y en consecuencia le es debida– por título de naturaleza y según una medida natural de igualdad”

no todos los derechos naturales serían propiamente derechos humanos, sino solo aquellos que tienen relevancia en la estructura fundamental de la sociedad y que, por lo mismo, el derecho positivo tiene la obligación de reconocer y garantizar.³⁸

Para el profesor español, los derechos humanos —como todo derecho— tienen una dimensión histórica y cultural, en el sentido en que el derecho —tanto natural como positivo— está inmerso en las relaciones sociales humanas intrínsecamente históricas. Si bien cada derecho humano o natural brota de la inmutable dignidad ontológica de la persona, este derecho es tal solo al entrar dicha dignidad en contacto con cada relación social concreta e histórica en la que su naturaleza humana se manifiesta como diversas exigencias de justicia también concretas. De estos bienes debidos en justicia, algunos son permanentes y otros han adquirido su modo peculiar debido a las circunstancias particulares. Por ello, para Hervada, “los derechos humanos, en parte son permanentes, esto es, los hay invariables, y en parte son evolutivos”.³⁹

A su juicio, los derechos naturales se dividen en originarios y subsiguientes.⁴⁰ Los originarios se caracterizan porque proceden directamente de la naturaleza humana considerada en cuanto tal, por lo que la historicidad no afecta a su título o causa de atribución. Estos a su vez pueden ser: a) primarios (como el derecho a la vida o a contraer matrimonio) cuya medida o extensión tampoco se ve afectada por la historicidad; o b) derivados (como el derecho a la salud o a la educación) cuya medida o extensión puede variar según las circunstancias históricas.

Los derechos naturales subsiguientes, por su parte, si bien proceden de la naturaleza humana, lo hacen en relación con situaciones creadas por el hombre (Hervada pone el ejemplo del derecho a la legítima defensa), por lo que, variada la situación histórica creada por este, pueden variar tanto la titularidad como la extensión o medida del derecho. Si bien la naturaleza humana no cambia y, por tanto, tampoco el fundamento de todo derecho natural, su titularidad jurídica o “fenomenología jurídica” concreta sí cambia. En los derechos naturales subsiguientes la naturaleza humana se configura accidentalmente como un título parcialmente distinto —aunque no radicalmente distinto— al anterior. No obstante, los derechos naturales subsiguientes se diferencian de los positivos en que su título es natural y, por tanto, dada la nueva circunstancia histórica, la naturaleza humana se configura inmediatamente como un nuevo título jurídico, sin necesidad de que la autoridad lo tenga que determinar positivamente.

Por otro lado, para Hervada, una de las consecuencias más importantes de que derecho natural y derecho positivo no sean dos ordenamientos jurídicos parale-

(Javier HERVADA XIBERTA, *Introducción crítica al derecho natural*, 10ª ed., Pamplona, EUNSA, 2001, p. 81).

38 Cfr. Javier HERVADA XIBERTA, “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *Escritos de derecho natural*, op. cit., pp. 662 y ss.

39 Javier HERVADA XIBERTA, *Los eclesiasticistas ante un espectador. Tempus otii secundum*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 2002, pp. 113.

40 Cfr. Javier HERVADA XIBERTA, *Introducción crítica al derecho natural*, op. cit., pp. 92 y ss.

los —como lo concebía el iusnaturalismo moderno o racionalista—⁴¹ sino, antes bien, dos dimensiones inescindibles de un único ordenamiento jurídico, es su tesis de la necesaria positivación o promulgación del derecho natural para su vigencia histórica.

Para el profesor español, la positivación del derecho natural es su integración en el sistema jurídico aplicable.⁴² Esta positivación o promulgación se produce por el desvelamiento o conocimiento progresivo de algunos de sus aspectos originarios derivados o de sus aspectos subsiguientes. De la promulgación no le vendría al derecho natural ni su índole ni su validez jurídica —pues violar un derecho natural no promulgado, siempre es injusto—, pero sí le vendría su vigencia histórica, es decir, su capacidad de ser oponible en los diversos foros jurídicos autoritativos.

Para Hervada existen varios modos de positivación del derecho natural, aunque todos se enlazan con el sistema de fuentes positivas del derecho, y si bien en principio la positivación o promulgación se limita a ser un proceso de esclarecimiento cognoscitivo del derecho natural, hay algunos supuestos en los que se requeriría de una positivación necesariamente autoritativa (normativa o jurisprudencial).⁴³ El profesor español señala dos: a) cuando se trata de un derecho natural propio de una relación jurídica genérica que debe ser concretada por el derecho positivo, y b) cuando se trata de principios y exigencias de derecho natural inherentes a realidades que pertenecen a la historicidad de la sociedad. En estos casos, a su juicio: a) el derecho positivo completa el orden natural indeterminado (Hervada pone el caso del derecho al trabajo), y b) respecto de las situaciones cuyo origen es cultural (pone el caso de los contratos de seguros), el derecho natural es un principio que vincula al derecho positivo al momento de regular nuevas situaciones, pero no adquiere perfección o plenitud jurídica si no se da el reconocimiento autoritativo.

Si bien Hervada no se está refiriendo aquí explícitamente a los derechos humanos, creemos que estas tesis pueden ser de utilidad también para mostrar cómo la manera de proceder de la Corte IDH en el caso Atala queda en serias desventajas, al menos, frente a planteamientos iusnaturalistas como los del profesor español.

4. LOS DERECHOS HUMANOS IMPLÍCITOS Y LA NATURALEZA HUMANA⁴⁴

Como acabamos de ver, es perfectamente posible plantear —por lo menos desde un sector del iusnaturalismo— la idea de unos derechos humanos implícitos

41 Cfr. Javier HERVADA XIBERTA, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3ª ed., Pamplona, EUNSA, 1996, pp. 249-295.

42 Cfr. Javier HERVADA XIBERTA, *Introducción crítica al derecho natural*, op. cit., pp. 177-178.

43 *Ibid.*, pp. 178-180.

44 Este acápite comparte algunas líneas argumentativas del trabajo José CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012, pp. 163-175.

o de unos contenidos implícitos de derechos humanos, es decir, bienes básicos debidos en justicia no expresamente contenidos en los tratados internacionales positivos firmados por los Estados partes. Se trataría —en el caso concreto del sistema interamericano y usando la terminología hervadiana— de derechos naturales no autoritativamente positivados por la Convención Americana, pero que tendrían también un amparo secundario en el sistema de fuentes formales de la misma, a través de la cláusula de derechos implícitos del artículo 29 c) del Pacto de San José de Costa Rica.⁴⁵

Sin embargo, a la luz de los argumentos utilizados por la Corte IDH para intentar establecer un derecho humano a la no discriminación por orientación sexual y que hemos valorado críticamente en los dos primeros acápites de este trabajo, surgen inmediatamente algunas preguntas: ¿no es acaso por lo menos inconveniente plantear una tesis semejante a la de los derechos naturales subsiguientes? ¿No terminaría dando pie más bien a mayores arbitrariedades?⁴⁶ O incluso tratando de ir más allá: frente al activismo judicial creciente de las altas Cortes ¿no terminaría siendo un positivismo jurídico de corte formalista una propuesta teórica que nos ofrecería, por lo menos, mayores cuotas de certeza o de seguridad jurídicas?⁴⁷

A nuestro modo de ver, el problema no está en que se plantee la idea de unos derechos implícitos que las Cortes internacionales de derechos humanos puedan desarrollar jurisprudencialmente, puesto que si los derechos humanos tienen plena validez jurídica prepositiva, debe entenderse que las disposiciones jurídicas que los regulan no son ni la fuente original de su validez, ni el único parámetro de su interpretación y aplicación. En ese sentido, ni todo lo que allí se describa o sea lógicamente posible interpretarse es necesariamente un derecho humano, ni los derechos humanos se restringen a los que son reconocidos explícita o implícitamente por las autoridades competentes. En ese sentido, creemos que no solo es posible, sino además, indispensable, aprender a distinguir los verdaderos derechos humanos de los apócrifos,⁴⁸ asunto sobre el que no podremos detenernos aquí.

El grave problema al que nos enfrentamos es más bien el de la fuente de los contenidos materiales de donde las Cortes pretenden extraer los derechos humanos para determinarlos jurisprudencialmente. Creemos que propuestas iusnaturalistas

45 La disposición convencional señala a la letra: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

46 Sobre las arbitrariedades del activismo judicial de las cortes constitucionales pero también aplicable a los sistemas internacionales de derechos humanos, véase Gabriel MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 156 y ss.

47 Cfr. Ilena MASSA PINTO, “Derechos e interpretación: la argumentación ambigua de ‘naturaleza de las cosas’ en la jurisprudencia constitucional italiana”, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

48 Para Isabel Trujillo: “Una posible diferencia entre la pretensión de un derecho y un derecho verdadero puede ser que este supone una pretensión ‘ajustada’, que es lo mismo que decir un derecho razonable” (Isabel TRUJILLO PÉREZ, “Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables”, en *Persona y Derecho* 52 (2005), pp. 234-235).

como la de Hervada, paradójicamente,⁴⁹ ofrecen mayor certeza y seguridad jurídicas en materia de interpretación de derechos implícitos que alternativas como la utilizada por la Corte IDH, pues incorpora, a nuestro juicio, dos elementos decisivos para lograrlo, que resultan ser plenamente compatibles con los requisitos hermenéuticos de la Convención de Viena que revisamos en los primeros acápites de este trabajo.

En primer lugar, la necesidad de una fundamentación en una dignidad referida a la naturaleza humana, cuyos fines terminan siendo los elementos determinantes esenciales —aunque no exclusivos— del contenido material del derecho humano o natural implícito que se desea proponer o desarrollar. Dichos fines, entre otras cosas, evitan que los derechos subsiguientes o implícitos puedan ser planteados como contradictorios o incompatibles respecto de los derechos humanos originarios o explícitos recogidos expresamente en la CADH. En el caso Atala, por ejemplo, dicha consideración habría hecho comprender a la Corte que el ejercicio o las manifestaciones sociales de una orientación sexual desvinculada de la finalidad natural de la sexualidad humana no puede ser de suyo un bien debido en justicia por más que estas manifestaciones se acomoden a los deseos o las aspiraciones de algunos de los justiciables.

En segundo lugar, la necesidad —ante la ausencia de reconocimiento explícito por parte de los tratados internacionales de derechos humanos— de realizar dicha labor jurisprudencial subsidiaria sin prescindir de la promulgación o positivación no autoritativa del derecho humano, es decir, del general y consistente reconocimiento como tal por parte de la sociedad. En el caso Atala, por ejemplo, dicha aproximación habría evitado que la Corte pretenda imponer a todos los Estados partes una nueva noción de “familia” derivada de la interpretación de artículo 17.1 de la CADH a partir del supuesto derecho a la no discriminación por orientación sexual, contraviniendo el texto explícito que estos firmaron soberanamente en la Convención Americana y prescindiendo, además, de lo que entienden mayoritariamente hoy en día sus sociedades por “familia”.

COLOFÓN

Para terminar, baste señalar que proponer una lectura hermenéutica de los derechos humanos como derechos naturales a partir de su fundamento en una dignidad referida a la naturaleza humana no apunta, desde luego, a desconocer la autoridad legítima de los tribunales instituidos. La propuesta es más bien una

49 La paradoja se evidencia con la confesión de Pérez Luño: “Siempre he sentido desconfianza respecto a las tesis que propugnan un orden ontológico, cerrado y ahistórico de los valores metafísicos, eternos e inmutables, porque existe el riesgo de que un sector de la sociedad, sintiéndose intérprete y portavoz de ese orden axiológico objetivo, trate de imponer una ‘tiranía de los valores’ a los demás” (Antonio PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 582). En la tesitura actual, son precisamente quienes niegan un orden ontológico de valores metafísicos, los que pretenden imponer jurisprudencialmente a los demás sus propios valores (cfr. CORTE IDH, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257, §185).

invitación a que estos no recurran en su labor jurisprudencial interpretativa y determinativa ni a criterios racionales meramente formales o constructivos, ni a criterios materiales que puedan resultar siendo arbitrarios, como nos parece ha hecho la Corte IDH en el caso Atala. En concreto, la idea es que —en última instancia— se dirijan a aquello que precisamente es lo único verdaderamente universal del género humano: la común naturaleza humana.⁵⁰

Creemos que dicha naturaleza como fundamento de la dignidad humana ofrece un sustrato de criterios materiales de mayor objetividad que otros que se ofrecen desde posturas que se muestran más eclécticas y menos tributarias de una metafísica realista⁵¹ o sencillamente contrarias a ella.⁵² Este es el camino que puede librarnos de dos peligros que se sitúan en los extremos de una disputa que resulta hoy por hoy crucial: por un lado, cierto legalismo que pretende tratar a los derechos humanos como si fueran meros derechos positivos o consensuales —o si se prefiere: a los tratados de derechos humanos, como si fueran meros tratados de derecho internacional—, y por otro lado, cierto activismo judicial que pretende en la práctica crear “nuevos” derechos humanos desde una deriva en apariencia subjetivista, prescindiendo de parámetros objetivos materiales y verdaderamente universales, sin perjuicio de hacerlo también contraviniendo los estrictamente formales.

BIBLIOGRAFÍA

DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Madrid, Dykinson, 2001.

BERNAL PULIDO, C., “La metafísica de los derechos humanos”, en *Revista Derecho del Estado* 25 (2010), pp. 117-133.

50 Por lo demás, la Corte parece también entreverlo: “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar *superior* a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo *inferior*, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación” (CORTE IDH, Atala Riffo y niñas vs. Chile, *cit.*, § 79).

51 Por ejemplo, para Bernal Pulido: “Las propiedades materiales definitorias de los derechos humanos deben entenderse como propiedades suficientes y alternativas que un derecho jurídico subjetivo debe revestir para poder ser considerado como un derecho humano. De este modo, un derecho jurídico subjetivo ha de ser considerado como un derecho humano si protege alguna de las facultades básicas del concepto liberal de persona (su capacidad de ser racional o la de ser razonable), alguna de las facultades básicas ligadas a la capacidad de discernimiento propia del concepto democrático de persona o alguna de las necesidades básicas que la teoría del Estado social atribuye al individuo, es decir, alguna de las necesidades básicas que se satisfacen por el mínimo vital o la procura existencial o alguna de las necesidades básicas indispensables para el ejercicio de las libertades o de los derechos democráticos” (Carlos BERNAL PULIDO, “La metafísica de los derechos humanos”, en *Revista Derecho del Estado* 25 (2010), p. 133).

52 Rafael de Asís, por ejemplo, admite que uno de los graves problemas que enfrentan los positivismos matizados que aceptan la idea de unos derechos humanos es el de lograr una fundamentación racional y universal de los mismos. A su modo de ver, dicho problema ha de enfrentarse, básicamente, reduciendo las pretensiones de esa racionalidad y universalidad de los derechos (cfr. Rafael DE ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 15-23).

- CANDIA FALCÓN, G., “El Estado de Derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Dikaion* 24 (2) (2015), pp. 225-252
- CANDIA FALCÓN, G., “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho* 42 (3) (2015), pp. 873-902.
- CASTILLA JUÁREZ, K., “El Principio pro persona en la Administración de Justicia”, en *Cuestiones Constitucionales* 20 (2009), pp. 65-83.
- CASTILLO CÓRDOVA, L., “Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos”, en *Gaceta Constitucional: Jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces* 5 (2008), pp. 31-48.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *Persona humana y derecho. Un diálogo con la Filosofía jurídica de Javier Hervada*, México, Porrúa, 2014.
- RUIZ CHIRIBOGA, O., “Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano”, en MEJÍA J. (coordinador), *Los derechos humanos en las sentencias de la Corte interamericana sobre Honduras*, Guaymuras, Casa San Ignacio, 2012, pp. 175-218.
- CIANCIARDO, J., “*Humana Iura*. Realidad e implicaciones de los derechos humanos”, en P. RIVAS (editor), *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la Filosofía jurídica de Javier Hervada*, Lima, ARA Editores, 2005, pp. 117-143.
- FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- GROS ESPIELL, H., “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el Constitucionalismo Americano y en el artículo 29.C de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 4 (2000), pp. 145-173.
- HERVADA, J., “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del derecho”, en *Escritos de derecho natural*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1993, pp. 449-469.
- HERVADA XIBERTA, J., “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *Escritos de derecho natural*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1993, pp. 649-688.
- HERVADA XIBERTA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3ª ed., Pamplona, EUNSA, 1996.
- HERVADA XIBERTA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 10ª ed., Pamplona, EUNSA, 2001.
- HERVADA XIBERTA, J., *Los eclesiasticistas ante un espectador. Tempus otii secundum*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 2002.

- HERRERA, D. A., *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Buenos Aires, EDUCA, 2012.
- LENGUA PARRA, A., “¿Una decisión progresista o una Corte tibia? Caso Duque vs. Colombia, la segunda sentencia sobre derechos LGTBI en el Sistema Interamericano”, en *Enfoque Derecho*, 2016, en: <http://enfoquederecho.com/internacional/una-decision-progresista-o-una-corte-tibia-segunda-sentencia-sobre-derechos-lgtbi-en-el-sistema-interamericano/>
- MASSA PINTO, I., “Derechos e interpretación: la argumentación ambigua de “naturaleza de las cosas” en la jurisprudencia constitucional italiana y la cuestión del reconocimiento jurídico de la unión homosexual”, en *Derechos y libertades* 30 (2014), pp. 71-102.
- MORA RESTREPO, G., *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.
- TRUJILLO PÉREZ, I., “Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables”, en *Persona y Derecho* 52 (2005), pp. 219-236.
- VALDIVIA AGUILAR, T., *Orientación sexual y discriminación en el "Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una valoración crítica de la sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile"*, Arequipa, Fondo Editorial de la Universidad Católica San Pablo, 2015.

JURISPRUDENCIA

- CORTE IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79.
- CORTE IDH, Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 25 de junio de 2005, serie C, núm. 127.
- CORTE IDH, Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146.
- CORTE IDH, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214.
- CORTE IDH, Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 12 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.
- CORTE IDH, Artavia Murillo vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257.
- CORTE IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC -4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4.

CORTE IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16.

CORTE IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18.

CORTE IDH, Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez en la sentencia del Caso Atala Rizzo y niñas *vs.* Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.

OTROS DOCUMENTOS

Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi en la sentencia del Caso Duque *vs.* Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de febrero de 2016 serie C, núm. 310.

NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos, dictamen de 31 de marzo de 1994, Nicholas Toonen *vs.* Australia, Comunicación 488/1992.

NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos del niño, Observación General núm. 13, El VIH y los derechos del niño, del 17 de marzo de 2003.

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género*, sexagésimo tercer periodo de sesiones, 22 de diciembre de 2008.

NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, Observación general 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, del 02 de julio de 2009.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos, Resolución 17/19 sobre Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Décimo séptima sesión, 14 de julio de 2011.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), aprobada el 3 de junio de 2008.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), aprobada el 4 de junio de 2009.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, AG/RES. 2600 (XL-O/10), aprobada el 8 de junio de 2010.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, AG/RES. 2653 (XLI-O/11) aprobada el 7 de junio de 2011.