

Controllo diffuso di convenzionalità e Diritti della persona

Barbara Pasa*

Partecipo con molto piacere a questo 'blog amicorum' in occasione dei 70 anni del professor Roberto Toniatti, ammirato per i suoi contributi critici alla dottrina costituzionale e comparatistica e per il suo essere persona gentile. Quest'ultimo riferimento alla 'persona' è indizio delle riflessioni che proporrò in queste poche righe. Il tema che ho scelto si colloca nell'area dei diritti fondamentali della persona, in particolare dell'orientamento sessuale in relazione al principio dell'interesse superiore del minore, ed è legato al tema più generale della funzione giurisdizionale come misura dell'effettività del Diritto e dei diritti, questioni di cui mi sono occupata nel corso delle mie ricerche.

Traggo spunto dall'intervento di Roberto Toniatti al Seminario El impacto de las sentencias del Tribunal europeo y la Corte interamericana: hacia una globalización de los derechos - En homenaje a Pablo Santolaya, Palacio de los Infantes (El Escorial), 4 e 5 aprile 2016, tradotto poi nel testo "L'impatto sistemico della protezione europea e interamericana dei diritti fondamentali: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea quale fattore di asimmetria fra la Corte Europea e la Corte Interamericana dei diritti dell'uomo"¹.

Il tema che egli affronta è quello dello spazio costituzionale metastatuale, una nozione di tipo residuale, che sta ad indicare un fenomeno giuridico la cui effettività risulta verificabile sul piano storico, senza costituire una categoria formale del diritto positivo. Lo spazio metastatuale a cui egli si riferisce nel saggio è quello rispettivamente, europeo e interamericano dei diritti dell'uomo, con riguardo a tutte le sfere private e pubbliche disciplinate dal Diritto, al cui interno svolge un ruolo primario la giurisdizione, intesa sia come organo giurisdizionale, sia come funzione.

Come è noto, la Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, Roma, 1950) e la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, San José, 1969) hanno contribuito in modo determinante a configurare questa architettura costituzionale metastatuale – rispettivamente, europea e interamericana dei diritti dell'uomo, sia in riferimento alle fonti di diritto internazionale, sia alle fonti costituzionali interne degli Stati.

Sono proprio gli Stati, infatti, a generare i casi che vengono risolti (nel senso di una condanna o di una dichiarazione di mancata violazione della rispettiva Convenzione) in conseguenza dell'adesione agli strumenti convenzionali. Sono sempre gli Stati, europei e latino-americani "in tanto in quanto la rispettiva cultura giuridica individua nella giurisdizione – garante indipendente e neutrale del primato normativo dei diritti

* Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato, Università IUAV di Venezia.

¹ COCOA WORKING PAPERS, 2017, 40 p. - DOI: 10.15168/11572_202033.

fondamentali rispetto agli indirizzi politici di maggioranza – il baricentro della protezione dei diritti dell'uomo², ad operare, in virtù delle Convenzioni sopra citate un controllo diffuso di convenzionalità. Il controllo consiste nell'assunzione da parte dei giudici nazionali dell'obbligo di interpretare la norma interna attraverso la norma convenzionale, ovvero di dare alla norma interna un significato conforme a quello della norma convenzionale. Tale controllo diffuso di convenzionalità dà luogo ad una giurisprudenza di tipo evolutivo, che conduce gli Stati a riconoscere e condividere valori essenziali, giungendo ad adeguarsi a eventuali sentenze di condanna da parte delle due Corti, europea ed interamericana dei diritti umani, seppur destinate ad uno soltanto di essi (le sentenze infatti producono effetti inter partes, dunque circoscritti alle parti processuali, spesso un individuo e uno Stato; tuttavia gli effetti hanno una portata molto più ampia, v. infra).

D'altro canto, la metastatalità è da ricondurre direttamente alle sentenze delle due Corti internazionali e all'applicazione motivata delle norme convenzionali. Le due giurisdizioni internazionali hanno avuto un impatto rilevante nella rispettiva cultura giuridica e politica, nella prassi istituzionale, nella percezione del ruolo dello Stato, nella legittimazione delle giurisdizioni interne ad interagire costruttivamente con le giurisdizioni sopranazionali, come messo in luce da Toniatti³. L'impatto è ancora più evidente sul piano sostanziale dei valori fondanti il costituzionalismo liberale, lo stato di diritto e i diritti dell'uomo. In particolare, gli effetti dell'edificando spazio costituzionale metastatale sono molto significativi sul piano del godimento dei diritti fondamentali da parte dell'individuo. In sostanza, le innovazioni che le due Corti, europea ed interamericana dei diritti umani, introducono hanno segnalato, e tutt'ora segnalano la vocazione a mutuare dai diritti costituzionali interni di paesi anche "lontani" architetture istituzionali volte a garantire un ordine giuridico-politico internazionale e un nucleo condiviso di valori fondamentali, incentrato sulla tutela dei diritti dell'uomo.

Pur con le dovute distinzioni delineate con chiarezza nello scritto di Toniatti (i.e. il fenomeno della soprannazionalità, e cioè dell'integrazione sopranazionale rappresentato dall'Unione Europea e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che conferisce un apporto ulteriore alla costruzione di uno spazio giuridico uniforme), le due giurisdizioni, europea ed interamericana dei diritti dell'uomo, stanno seguendo un percorso analogo, tra l'altro significativamente illustrato dalla prassi della reciproca citazione di precedenti giudiziari. Mentre Toniatti ha ricostruito i tratti principali del complesso dialogo multilivello tra la Corte di Strasburgo, quella di Lussemburgo e le Corti nazionali, il mio contributo si limiterà ad illustrare un frammento del dialogo multilivello che avviene al di là dell'Atlantico, tra la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) e le Corti nazionali dell'America Latina. Ciò che mi interessa approfondire è - anche in questo caso - il ruolo di "regia" di quello spazio metastatale, che è da ricondursi al dialogo tra le Corti innescato dalla CIDH: lo farò in relazione alla cd. Teoría Tridimensional del Derecho, una teoria

² Toniatti, cit. nota 1, pg. 6

³ Toniatti, cit. nota 1, pg. 8.

elaborata simultaneamente in Perú e Brasile, ormai diffusasi in tutta l'area latinoamericana⁴.

Il tridimensionalismo di origine latinoamericana postula che l'oggetto di studio del Diritto sia il risultato dell'interazione dinamica di tre unità concettuali -- vida humana, valores e normas jurídicas -- . È solo attraverso la loro interazione dinamica che la persona può vivir un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose⁵. Secondo questa teoria, ciò che il Diritto deve tutelare primariamente è la libertà, affinché ogni essere umano, come tale, possa realizzare il proprio "progetto di vita personale" nella società, partecipe del "bene comune" (una teoria che potrebbe essere messa a dura prova dall'attuale pandemia da Covid19, in quanto il progetto di vita personale trova un limite apparentemente insuperabile nella tutela della salute della collettività)⁶.

Nella Teoría Tridimensional del Derecho il Diritto è principalmente uno strumento concepito per proteggere la persona⁷. Se la riscoperta della qualità ontologica della libertà come costitutiva e fondativa dell'essere umano ha dato origine a questa concezione del Diritto⁸, è la decisione "più intima" della persona e la sua vocazione alla realizzazione del "progetto di vita" che le Corti debbono proteggere. In questa prospettiva, il "danno al progetto di vita" (daño al proyecto de vida)⁹ elaborato a partire dalle riflessioni del giurista peruviano Carlos Fernández Sessarego, è stato presto incorporato dalla giurisprudenza del CIDH a partire dalla sentenza di risarcimento nel caso Loayza Tamayo del 1998¹⁰, alla luce degli artt. 63 e 68 CADH.

⁴ Fernández Sessarego, Carlos, Derecho y persona, Normas Legales S.A., 2a ed., Lima, 1995

⁵ Fernández Sessarego, Carlos, El Derecho como libertad, 3a ed., ARA Editores, Lima, 2006, p. 112.

⁶ AAVV, Sopa de Wuhan - Pensamento contemporâneo em tempos de pandemia, org. Pablo Amadeo, Aspo 2020; Vera-Cruz Pinto, Eduardo, "Law After Covid19 Pandemic: The Fundamental Binomials", in Hondius, Ewoud et al. (eds), Coronavirus and the Law in Europe, Intersentia, 2020.

⁷ Fernández Sessarego, Carlos, "Aproximación al escenario jurídico contemporáneo", in El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios, Idemsa, Lima, 2011, p. 49.

⁸ Agurto Gonzáles, Carlos, "A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho", in Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego, Motivensa, Lima, 2009, pp. 1061 ss; conforme a Grossi, Paolo, Prima lezione di diritto, Laterza, 2010, p. 15.

⁹ Agurto Gonzáles, Carlos, Quequejana Mamani, Sonia Lidia, "Hacia una teoría general de la reparación como producto de la revaloración del ser humano en el derecho", in Comparación jurídica y nuevas fronteras del derecho latinoamericano, Carlos Antonio Agurto Gonzáles Sonia Lidia Quequejana Mamani (Coordinadores Generales), Ara ed., Lima, 2016, pp. 651-662; Posenato, Naiara, "Memoria e riparazione delle violazioni dei diritti umani nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani", in Donde no habite el olvido, Marzia Rosti, Valentina Paleari (curatrici), pp. 45-63, Milano, 2017, open edition 29.01.2020 <https://books.openedition.org/ledizioni/9874?Lang=en#text> (accesso il 4.10.2020).

¹⁰ Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Reparaciones y Costas). Sentencia de 27 de noviembre de 1998, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf (accesso 2.10.2020)

Si tratta di una tipologia di danno risarcibile poichè incide sulla libertà della persona di seguire la propria "traiettoria esistenziale" e, in particolare, sulla scelta relativa a come vivere la propria vita. Le legittime aspirazioni di ciascuno, ragionevolmente realizzabili se non fossero sorti impedimenti esterni, come la violazione dei diritti della persona (che, nel caso dei diritti umani, coincidono con quelli convenzionalmente tutelati) vengono dunque soppesate con cura dalle Corti, e quantificate ai fini della riparazione del danno. Questa tipologia di danno alla persona che compromette la libertà "di manifestare il proprio progetto di vita" è stata definita dalla CIDH come segue:

"Si tratta di una nozione diversa dal 'danno emergente e lucro cessante' [...] il denominato 'proyecto de vida' attiene alla realizzazione integrale della vittima, considerando la sua vocazione, le sue attitudini, le circostanze, potenzialità e aspirazioni, che le permettono di avere ragionevolmente determinate aspettative e di realizzarle. Il 'proyecto de vida' si associa al concetto di realizzazione personale, che a sua volta si fonda sulle opzioni che il soggetto ha di condurre la propria vita e di compiere il suo destino"¹¹.

Il caso Loayza Tamayo riguardava una professoressa universitaria attivista di diritti umani, che era stata arrestata e torturata con l'accusa di appartenere al gruppo terrorista Sendero Luminoso. Una volta in libertà, la vittima era stata costretta a vivere in un paese straniero, senza lavoro e bisognosa di cure mediche a causa delle pressioni psicologiche subite; tali condizioni avevano influito pesantemente sulla sua vita, inducendo la Corte a riconoscere espressamente un "grave danno di natura esistenziale al suo progetto di vita", causato dalla violazione dei suoi diritti, disponendo che lo Stato peruviano fosse obbligato ad una "equa riparazione", indennizzando sia lei che i suoi familiari.

Questa nuova voce di danno non è stata accolta all'unanimità dalla dottrina e dalla giurisprudenza interamericana, ma ha avuto riconoscimenti importanti nella giurisprudenza della CIDH, come ad esempio nel caso Gutiérrez Soler vs. Colombia del 2005, in cui la Corte ha disposto che fossero adottate misure di soddisfazione e garanzie non pecuniarie in luogo dell'indennizzo in denaro¹², a scongiurare il rischio di una mancata esecuzione delle sentenze per incapienza degli Stati condannati in giudizio. L'effettività e l'efficacia della regola giuridica della riparazione del danno al progetto di vita non sono solo legate alle modalità di soddisfazione del danno (indennizzo pecuniario o meno), ma anche all'interpretazione evolutiva del termine "familiari" partecipi del progetto di vita della vittima. I familiari possono essere, infatti, considerati beneficiari dell'indennizzo insieme alla vittima. Per evitare richieste di riparazione del danno irragionevoli, la CIDH nell'ultimo decennio si è affidata al sistema probatorio (testimonianze, perizie, prove documentali) per riconoscere come beneficiari della riparazione, in qualità di parti lese, solo i familiari delle vittime che dimostrino concretamente di essere incorsi in spese o di aver subito un danno diretto. Nel frattempo però la CIDH ha ampliato la nozione di "famiglia" e dunque dei

¹¹ Cfr. Corte IDH. Caso Loayza cit., §§ 147-148.

¹²Agurto González, Carlos, El nuevo derecho de daños. Daño a la persona y daño al proyecto de vida, Ed. Temis, Bogotá, 2019.

"familiari" che possono accedere alla riparazione del danno, facendo applicazione degli artt. 1(1) e 24 della CADH, per i quali gli Stati membri sono obbligati a rispettare e garantire il pieno e libero esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute, senza discriminazione alcuna.

In un primo momento, la CIDH con "familiari" ha inteso solo le persone legate dal vincolo stretto di "parentela"¹³ come espresso proprio nella pronuncia *Loayza Tamayo vs. Perú*; ha poi dilatato il concetto in *Las Masacres de Ituango vs. Colombia* e in *Forneron e figlia vs. Argentina*.

Nella sentenza *Forneron e figlia vs. Argentina* del 2012 la CIDH ha sottolineato di non voler accogliere un paradigma predeterminato e chiuso di famiglia, né di proteggere un solo modello tipico di famiglia¹⁴ e ha cambiato la nozione di "familiare".

Secondo la Corte, la realtà dimostra quotidianamente che non in tutte le famiglie esiste una figura paterna e una materna. I pregiudizi relativi al ruolo di un uomo e una donna in relazione a determinate funzioni o processi riproduttivi si basano su stereotipi, che indicano la presunta importanza di formalizzare la relazione.

"Un'idea predeterminata sulla capacità e sull'idoneità genitoriale a garantire e promuovere il benessere e lo sviluppo dei figli rappresenta una negazione di un diritto, se fondata su stereotipi relativi alle qualità o agli attributi per esercitare la capacità genitoriale. Pertanto, una decisione fondata su tali presunzioni e stereotipi non è adeguata per assicurare l'interesse superiore del minore. Allo stesso modo, l'interesse superiore del minore non può essere utilizzato per negare il diritto dei genitori in ragione del loro stato civile, a beneficio di chi si trova ad avere uno stato civile conforme ad un predeterminato concetto di famiglia"¹⁵.

La Teoría Tridimensional del Derecho fondata sull'interazione tra vida humana, valores e normas jurídicas e sulla realizzazione del "progetto di vita" che le Corti debbono proteggere, oltre alla nuova voce di danno ha così portato al riconoscimento di una nuova nozione di famiglia e di genitorialità delle coppie dello stesso sesso. Con la sentenza *Forneron e figlia vs. Argentina*, la CIDH ha sostanzialmente confermato il proprio orientamento giurisprudenziale circa il pieno riconoscimento della legittima aspettativa di crescere dei figli da parte di una famiglia diversa dal modello tradizionale, tema centrale della pronuncia *Atala Riffo e figlie vs. Cile* del febbraio 2012¹⁶ in cui la CIDH è espressamente intervenuta sul tema delle discriminazioni causate dall'orientamento sessuale e sulla questione della famiglia omogenitoriale.

¹³ Corte IDH. Caso *Loayza* cit.; Corte IDH. Caso *Las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 julio de 2006 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf e Caso *Forneron e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012 https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf (accesso 2.10.2020).

¹⁴ Corte IDH. Caso *Forneron* cit. § 98

¹⁵ Corte IDH. Caso *Forneron* cit. §§ 50, 91, 94, 96 e 99.

¹⁶ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Cile*. Sentencia de 24 febrero de 2012 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (accesso il 2.10.2020).

In precedenti pronunce, attraverso interventi puntuali, la CIDH si era dichiarata a favore delle unioni tra persone dello stesso sesso. In due sentenze del 2010 relative ai casi Fernández Ortega e altri vs. México e Roseando Cantú e altri vs. México¹⁷, la Corte aveva stabilito che l'art. 11 della CADH, "Protezione dell'Onore e della Dignità", include la protezione della vita privata e che, a sua volta, il concetto di vita privata comprende la vita sessuale e il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani, cioè "il diritto a prendere liberamente le decisioni più personali e intime che attengono alle funzioni corporali basilare, quale la decisioni sul soggetto con cui avere relazioni sessuali". Con la sentenza Atala Riffo e figlie vs. Cile la CIDH esplicita il riconoscimento del diritto delle coppie same-sex a crescere dei figli¹⁸.

La controversia riguardava l'affidamento di minori. Nel 2003 il padre di tre bambine ricorreva alla giustizia minorile contro la madre, la signora Karen Atala Riffo, con la quale egli era stato sposato. L'uomo, presentando domanda di affidamento delle minori, denunciava l'incapacità della madre di prendersi cura delle figlie, in quanto l'orientamento sessuale della donna e la sua convivenza con una persona dello stesso sesso nell'abitazione familiare condivisa con le bambine costituivano un danno per le minori. Il Tribunal de los Menores de Villarrica in Cile inizialmente concedeva l'affidamento provvisorio delle minori al padre, al fine di tutelare "il benessere personale, emozionale e alla socializzazione delle figlie". Al termine del processo di primo grado, lo stesso tribunale revocava l'affidamento provvisorio al padre: in base alle prove, l'orientamento sessuale della madre non rappresentava un impedimento per una maternità responsabile, poiché la donna "non presentava nessuna patologia psichiatrica che le impedisse di esercitare il suo ruolo di madre"; inoltre, non esistevano indicatori che permettessero di presumere l'esistenza di "cause di inabilità materna" per legittimare l'affidamento esclusivo al padre. La sentenza veniva appellata dal padre, prima presso il Tribunal de Apelación de Temuco, che nel 2004 confermava la sentenza di primo grado, poi presso la Corte Suprema de Justicia de Chile, che, al contrario, lo stesso anno accoglieva il ricorso e concedeva l'affidamento definitivo delle minori al padre.

La Corte Suprema cilena dichiarava che in tutti i casi relativi ai minori è prioritario considerare l'interesse superiore del minore al di sopra di ogni altra considerazione e diritto relativo ai genitori, anche a costo di separare il figlio da quest'ultimi. Inoltre, la Corte Suprema considerava che l'art. 225(1) del Codice civile cileno, il quale prevede che, in caso di separazione dei genitori, la cura personale dei figli spetti alla madre, non è una norma assoluta e definitiva. La controversia Atala Riffo, nelle parole della Corte cilena, presentava il rischio di seri danni agli interessi delle minori se si fosse proceduto con l'affidamento alla madre, danni che avrebbero potuto diventare irreversibili: le bambine avrebbero potuto essere oggetto di discriminazione sociale, derivante dalla convivenza della madre con una persona dello stesso sesso all'interno della medesima abitazione familiare; la testimonianza delle persone vicine alle minori facevano infatti riferimento a giochi e attitudini delle bambine che dimostravano l'esistenza di confusione in merito alla sessualità materna, dovuti alla

¹⁷ Corte IDH. Caso Fernández Ortega e altri vs. México Sentencia de 30 agosto de 2010 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_ing.pdf; Corte IDH. Caso Roseando Cantú e altri vs. México. Sentencia de 31 agosto de 2010 <https://www.cndh.org.mx/documento/caso-rosendo-cantu-y-otra-vs-mexico> (accesso il 2.10.2020).

¹⁸ Pur non riconoscendo, in questo caso, in capo agli altri "familiari" (alla madre, al fratello e alla compagna della di Atala Riffo) il diritto a ricevere riparazione del danno.

convivenza nell'abitazione con la coppia dello stesso sesso; sebbene l'esplicitazione della condizione omosessuale sia un diritto personalissimo relativo al genere sessuale, che non merita alcuna riprovazione giuridica, la signora Atala, nell'aver iniziato una convivenza con una donna nella stessa abitazione in cui vivevano le figlie separate dal padre aveva anteposto i propri interessi a quelli superiori delle figlie; l'eventuale confusione dei ruoli che può avere luogo per carenza di una figura paterna, di sesso maschile, nell'abitazione familiare e la sua sostituzione con un'altra persona di sesso femminile configurava una situazione di rischio per lo sviluppo delle minori¹⁹.

La Corte Suprema cilena concludeva che le bambine versavano in una "situazione di rischio", che le poneva in uno stato di vulnerabilità, poiché era evidente che il loro "ambiente familiare eccezionale" si differenziava significativamente da quello dei loro compagni di scuola; ciò avrebbe determinato uno stato di isolamento e di discriminazione, che inevitabilmente avrebbe condizionato il loro sviluppo personale futuro. La Corte, infine, considerava l'interesse superiore delle minori a vivere e crescere in una "famiglia strutturata normalmente" e apprezzata dall'ambiente sociale, secondo il "modello tradizionale".

Come è noto, con la sentenza del 24 febbraio 2012, la CIDH ha accolto il ricorso della Commissione Interamericana in rappresentanza della Signora Atala Riffo, rigettando la sentenza della Corte Suprema de Justicia de Chile e le difese dello Stato cileno.

Secondo la Commissione Interamericana, la decisione della Corte Suprema cilena rappresentava un caso di discriminazione e di ingerenza arbitraria nella vita privata della donna, in quanto l'orientamento sessuale e soprattutto l'espressione di tale orientamento nel suo progetto di vita erano stati erroneamente posti a fondamento della pronuncia.

Secondo lo Stato cileno, invece, l'orientamento sessuale della donna non aveva costituito la ratio decidendi del caso; la ragione per cui i tribunali cileni avevano revocato l'affidamento delle minori alla madre per attribuirlo al padre si era basata sulla determinazione del genitore che, al momento della pronuncia, offriva migliori condizioni per assicurare il benessere delle figlie, non sulla dichiarazione di inabilità della donna ad essere "madre". Prove evidenti andavano in favore del riconoscimento del padre, "per la sua dedizione e l'attenzione nella cura delle figlie, la sua attitudine all'esercizio dell'educazione, l'ambiente favorevole che offriva al benessere delle minori e la relazione positiva che esisteva tra le bambine e la famiglia del padre". Secondo lo Stato cileno l'orientamento sessuale della madre aveva rappresentato soltanto una delle circostanze prese in considerazione in relazione all'interesse superiore delle minori.

La CIDH, nel risolvere la questione riguardante la responsabilità dello Stato per il trattamento discriminatorio e l'interferenza arbitraria nella vita privata e familiare sofferti dalla signora Atala Riffo e dalle figlie, ha dichiarato il Cile responsabile per aver violato il principio di eguaglianza dinnanzi alla legge e il divieto di discriminazione (articolo 24); protezione dell'onore e della dignità (articolo 11.2); protezione della famiglia (articolo 17.1), in relazione ai diritti dei minori (articolo 19) e all'obbligazione (obligación) di rispettare i diritti e garantire il loro pieno esercizio

¹⁹ Corte IDH. Caso Atala Riffo cit., §§ 55 -58.

(articolo 1.1) della CADH. Rispetto alla presunta violazione del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione, nel risolvere la controversia, la Corte Interamericana ha considerato l'orientamento sessuale come categoria protetta dall'art. 1.1. CADH. L'orientamento sessuale e l'identità di genere sono protette poiché rientrano nella locuzione "de cualquier otra índole" del suddetto articolo²⁰. Nell'interpretare l'espressione, secondo la CIDH si deve scegliere l'alternativa più favorevole alla tutela dei diritti protetti, secondo il principio della norma più favorevole all'essere umano.

"La presunta mancanza di un consenso sul rispetto dei diritti delle minoranze sessuali all'interno di alcuni Paesi non può essere considerata come un argomento valido per negare o circoscrivere la portata dei diritti umani o per perpetuare o riprodurre la discriminazione storica che tali minoranze hanno sofferto. Pertanto, un diritto riconosciuto alle persone non può essere negato o circoscritto a nessuno e in nessuna circostanza, meramente in ragione dell'orientamento sessuale."²¹

Per chiarire le argomentazioni errate usate dalla Corte Suprema cilena per risolvere il caso Atala Riffo (trattamento differenziato in base all'orientamento sessuale), la CIDH ha constatato che l'orientamento sessuale è stato considerato in modo esplicito e implicito, con un certo grado di rilevanza: gli argomenti e il linguaggio utilizzati dalla Corte Suprema de Justicia de Chile mostravano, infatti, un vincolo tra la decisione e la convivenza nell'abitazione familiare della signora Atala Riffo con un'altra donna; a significare che la Corte aveva attribuito un valore decisivo all'orientamento sessuale. L'obiettivo generale della protezione dell'interesse superiore dei minori è, in sé, un fine legittimo e imperativo. Il principio che regola i diritti dei minori si fonda sulla dignità dell'essere umano e sul rispetto delle loro potenzialità. Tuttavia, senza la prova concreta dei rischi e dei danni che può provocare l'orientamento sessuale della madre, il solo riferimento all'interesse superiore del minore non può rappresentare una giustificazione alla restrizione di un diritto primario garantito dalla CADH. Così, l'interesse superiore del minore non può essere utilizzato per legittimare la discriminazione contro un genitore in ragione del suo orientamento sessuale, né deve essere considerato un elemento rilevante per decidere a riguardo dell'affidamento dei figli. "Non sono ammissibili considerazioni

²⁰ Analogamente, dice la CIDH a pag. 31 della citata sentenza nel Caso Atala Riffo, una locuzione simile si trova nell'art. 14 della CEDU. In particolare, la CIDH cita il caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portogallo, in cui la Corte EDU ha concluso che l'elenco ai sensi dell'art. 14 CEDU è esemplificativo e non esaustivo, e che l'orientamento sessuale è concetto incluso in tale norma. Allo stesso modo, nel caso Clift Vs. Regno Unito, la Corte EDU ha ripetuto che l'orientamento sessuale è un esempio del fatto che quanto disposto nell'art. 14 rappresenta una caratteristica personale innata e inerente alla persona. La CIDH cita anche il caso Toonen Vs. Australia, per cui il riferimento al "sesso" includerebbe anche l'orientamento sessuale delle persone. Cfr. Nazioni Unite, Comitato Diritti Umani, Toonen Vs. Australia, Comunicazione no. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 aprile 1992, nell'ambito del Sistema Universale di Protezione dei Diritti Umani.

²¹ Corte IDH. Caso Atala Riffo cit., § 92.

basate su stereotipi relativi all'orientamento sessuale, su preconcetti riguardanti attributi, condotte o caratteristiche possedute dalle persone omosessuali." (...) Sebbene alcune società si dimostrino intolleranti e discriminino per ragioni di razza, sesso, lingua, religione, nazionalità o orientamento sessuale - continua la CIDH - gli Stati non possono perpetuare trattamenti discriminatori.²² Al contrario, gli Stati devono adottare le misure necessarie affinché siano resi effettivi i diritti stabiliti nella CADH, come previsto dall'art. 2 della stessa, per affrontare le manifestazioni intolleranti e discriminatorie.

"Nella società contemporanea i cambiamenti sociali, culturali e istituzionali vanno nella direzione dell'inclusione di tutte le opzioni di vita dei cittadini: ciò emerge dall'accettazione sociale delle coppie interraziali, di madri o padri nubili o celibi, delle coppie divorziate, realtà non accettate dalla società in momenti storici precedenti. Il Diritto e gli Stati devono dunque supportare questo avanzamento sociale; diversamente, si correrebbe il grave rischio di legittimare e consolidare forme di discriminazione che violano i diritti umani"²³.

Nel trattare il divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, la Corte Interamericana introduce anche un altro tema, quello dell'eventuale restrizione di un diritto che esigerebbe un fondamento rigoroso e un'inversione dell'onere della prova: corrisponderebbe all'autorità responsabile della restrizione del diritto, infatti, dimostrare che la sua decisione non ha un fine, né un effetto discriminatorio. In questo caso la Corte Suprema cilena avrebbe dovuto provare che la sua decisione si basava sull'esistenza di un danno concreto, specifico e reale per lo sviluppo delle minori, altrimenti avrebbe corso il rischio di fondare la decisione su uno stereotipo, "un preconcetto non sostenuto dal fatto che i figli cresciuti da coppie omosessuali incontrino difficoltà nel definire i ruoli sessuali"²⁴. Nel caso di specie, la Corte Suprema de Justicia de Chile aveva preso in considerazione soltanto l'ipotetico danno dell'"eventuale confusione dei ruoli sessuali" e la "possibile situazione di rischio per lo sviluppo delle bambine", senza condurre un'analisi specifica del danno concreto sofferto dalle tre figlie per la convivenza della madre con una persona dello stesso sesso. Inoltre, il fatto di vivere con la madre e la compagna non aveva privato le

²² La sentenza della Corte IDH. Caso Atala Riffo cit., al § 37 riporta che, secondo uno studio su tolleranza e discriminazioni del 1997, il Cile presentava un'alta propensione alla discriminazione verso le minoranze omosessuali (60,2% è stato il valore numerico attribuito ai comportamenti discriminatori).

²³ Corte IDH. Caso Atala Riffo cit., § 120.

²⁴ Corte IDH. Caso Atala Riffo cit., § 126. La CIDH qui cita la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, che, in una sentenza del 2010 sul diritto di adozione di minori di età riconosciuto alle coppie same-sex, ha preso in considerazione gli studi esistenti sull'impatto dell'orientamento sessuale nello sviluppo del bambino: in nessun modo si può sostenere l'ipotesi generale di un impatto negativo della convivenza di genitori omosessuali sullo sviluppo dei minori. La Corte ha argomentato che l'eterosessualità non garantisce che un minore viva in condizioni ottimali per il suo sviluppo; tutti i modelli di legame familiare possiedono vantaggi e svantaggi e ogni famiglia deve essere analizzata nello specifico e non da un punto di vista statistico.

bambine del ruolo paterno, in quanto l'oggetto del processo di affidamento non implicava che il padre perdesse il contatto con le figlie. Di fatto, la Corte Suprema cilena non aveva provato che la convivenza della signora Atala Riffo con un'altra donna avesse condizionato in modo negativo le minori pregiudicandone "l'interesse superiore". Al contrario, i tribunali cileni avevano utilizzato argomenti astratti, stereotipati e discriminatori contro la signora Atala Riffo, i quali avevano condotto paradossalmente ad un trattamento discriminatorio delle tre figlie minori, in ragione dell'orientamento sessuale della madre²⁵, impedendo loro di continuare a vivere con lei.

Infine la CIDH ha dichiarato che l'art. 11.2 della Convenzione interamericana proibisce ogni forma di ingerenza arbitraria o abusiva nella vita privata delle persone. L'ambito della vita privata è tale perché esente e immune dalle invasioni e dalle aggressioni abusive o arbitrarie da parte di terzi o delle autorità pubbliche. La Corte si era già pronunciata in merito all'art. 11 CADH, precisando che il concetto di vita privata include, tra gli altri, la vita sessuale e il diritto a stabilire e a sviluppare relazioni con altri esseri umani²⁶. Così, l'orientamento sessuale è parte della vita privata, e non sarà possibile alcuna ingerenza esterna senza rispettare i requisiti di idoneità, necessità e proporzionalità. L'articolo 11.2 è strettamente connesso al il diritto di vivere nella propria famiglia riconosciuto dall'art. 17, secondo cui lo Stato è obbligato non solo a disporre e a far eseguire direttamente misure di protezione dei minori (art. 19), ma anche a favorire, nel modo più ampio possibile, lo sviluppo del nucleo familiare. L'eventuale separazione dei figli dalla loro famiglia costituisce, in determinate condizioni, una violazione di questo diritto, pertanto sarebbe possibile solo se adeguatamente giustificata²⁷. Nel caso in questione, le decisioni di affidamento provvisorio e definitivo al padre da parte dei tribunali cileni rappresentavano una misura non idonea a proteggere l'interesse superiore delle minori, determinando la loro separazione dalla madre; costituivano, inoltre, un'interferenza arbitraria nel diritto alla vita privata e familiare.

La portata del divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale non si limita dunque all'"identità di genere", ma include le conseguenze della sua "espressione all'interno del progetto di vita delle persone"²⁸. Alla luce della Teoría

²⁵ La CIDH a questo punto cita l'art. 2 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo stabilisce che: «1. Gli Stati Parte rispetteranno i diritti enunciati nella presente Convenzione e assicureranno la loro applicazione a ogni bambino soggetto alla sua giurisdizione, senza alcuna distinzione, indipendentemente dalla razza, dal colore, dal sesso, dalla lingua, dalla religione, dalla sua opinione politica o di altra indole, dall'origine nazionale, etnica o sociale, dalla posizione economica, dagli impedimenti fisici, dalla nascita o da qualunque altra condizione del bambino, dei suoi genitori o dei suoi rappresentanti legali. 2. Gli Stati Parte adotteranno tutte le misure necessarie per garantire che il bambino veda protetto contro ogni forma di discriminazione o castigo a causa della condizione, delle attività, delle opinioni espresse o delle credenze dei suoi genitori, dei suoi tutori o dei suoi famigliari.»

²⁶Corte IDH. Caso Atala Riffo cit., § 161 ss.

²⁷ Corte IDH. Caso Atala Riffo cit., §§ 173-174. Qui la CIDH cita la giurisprudenza dalla Corte EDU, sentenza X, Y e Z vs. Regno Unito, relativa al diritto alla famiglia riconosciuto alla persona transessuale, e la sentenza Schalk y Kopf vs. Austria, in riferimento alle argomentazioni della Corte EDU sul fatto che l'unione di persone dello stesso sesso rientra nella sfera della "vita familiare".

²⁸ Corte IDH. Caso Atala Riffo cit., § 133. Qui viene citata la sentenza Corte EDU Laskey, Jaggard y Brown vs. Reino Unido, in riferimento all'orientamento sessuale quale aspetto rilevante della vita privata.

Tridimensional del Derecho, l'orientamento sessuale di una persona è strettamente connesso al concetto di libertà, alla possibilità di autodeterminazione e di scelta di ciò che dà significato all'esistenza in conformità alle proprie convinzioni. La vita affettiva all'interno del rapporto di coniugio, o con il compagno/a, fatta anche di rapporti sessuali, è uno degli aspetti principali dell'espressione del progetto di vita delle persone. Nel caso in questione, considerato che l'orientamento sessuale è una componente essenziale della persona, non era ragionevole esigere dalla signora Atala il sacrificio del suo progetto di vita, né di quello di famiglia.

"Esigere che una madre condizioni le proprie scelte di vita implicherebbe condividere la concezione tradizionale del ruolo sociale delle donne come madri, secondo la quale le donne avrebbero la responsabilità principale dell'educazione dei figli, a scapito dell'aspetto essenziale della loro identità personale. Non è criticabile, né riprovevole giuridicamente che la signora Atala Riffo, dopo la separazione dal marito, abbia preso la decisione di rifarsi una vita con un'altra donna; inoltre, non è stato provato il danno in pregiudizio dell'interesse superiore delle minori."²⁹

In conclusione, la CIDH facendo ampio ricorso ai precedenti delle Corti nazionali interamericane e a quelli della Corte EDU ha riconosciuto la piena legittimità delle famiglie non convenzionali, e ha posto le basi per la tutela della vita familiare non univocamente ridotta all'interno del matrimonio tra un uomo e una donna.

Il caso Atala Riffo della Corte Interamericana ha permesso di riepilogare come avviene il controllo diffuso di convenzionalità nel sistema interamericano dei diritti umani³⁰ e di come la giurisprudenza stia concretamente orientando il sistema verso il pieno riconoscimento dei diritti delle coppie same-sex. Il tentativo di imporre un concetto "unico" di famiglia è stato superato mettendo in luce l'ingerenza arbitraria nella vita privata e nel "progetto di vita" delle persone, secondo l'art. 11.2 CADH, e l'impatto che tale ingerenza può provocare sul nucleo familiare, alla luce di quanto dispone anche dall'art. 17 CADH³¹.

La creazione di uno spazio costituzionale metastatuale, come fenomeno giuridico che caratterizza anche l'area interamericana dei diritti umani su queste tematiche, era

²⁹ Corte IDH. Caso Atala Riffo cit., §§ 137-139: la CIDH cita ancora la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, la quale ha affermato che la dignità umana deriva dal libero sviluppo della personalità, cioè dal diritto di ogni individuo di scegliere, in forma libera e autonoma, come vivere la propria vita; ciò comprende una scelta sessuale libera. L'orientamento sessuale di una persona, come elemento della sua identità personale, è rilevante all'interno del progetto di vita e spesso include il desiderio di convivere con un'altra persona, di diverso o dello stesso sesso.

³⁰ Londoño-Lázaro, María Carmelina, Carrillo-Santarelli, Nicolás, "The Control of Conventionality: Developments in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and Its Potential Expanding Effects in International Human Rights Law", in Max Planck Yearbook of United Nations Law Online, 2019, pp. 319-346.

³¹Corte IDH. Caso Atala Riffo cit., § 175.

stato, per la verità, già individuato nella Opinione Consultiva OC-7/86³², in cui il giudice Gros Espiell, nell'opinione separata, dichiarava che la libertà di pensiero e di espressione (in cui rientra la libertà di espressione del proprio orientamento sessuale) formano un complesso unitario e indipendente, e costituiscono elementi essenziali di una società democratica, oltre che le condizioni primarie del pieno sviluppo della personalità di ognuno dei suoi membri. Il rispetto della libertà di espressione è un'esigenza del pluralismo, della tolleranza e dello spirito aperto, senza i quali non è possibile l'esistenza di una società democratica. Nella stessa Opinione Consultiva, l'opinione separata del giudice Piza chiariva che non è possibile che uno Stato membro della Convenzione adduca eventuali lacune del diritto interno per astenersi dall'adempiere agli accordi, poiché il diritto internazionale può essere violato anche con condotte omissive. Ciò significa che la CADH può essere violata anche a causa dell'assenza di una legge, come ad esempio di una legge che riconosca il diritto ad avere una famiglia anche per le coppie same-sex. Quindi, sebbene la CADH non contenga un esplicito riconoscimento del cd. matrimonio egualitario e delle famiglie omogenitoriali, le istanze sociali che premono per il loro riconoscimento non sono rimaste inascoltate, e - come è noto - hanno goduto del riconoscimento legislativo (in Argentina, Brasile, Cile, Colombia, Uruguay, Ecuador, ecc) del diritto alla costituzione e alla protezione delle famiglie omogenitoriali, evitando discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale. Nonostante il case law della CIDH sia fermo nel condannare ogni forma di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale e nel riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso, il basso e parziale grado di attuazione delle sentenze³³ da parte degli Stati condannati sta impedendo che questa tutela sia effettiva. In altre parole, la mancanza di meccanismi sovranazionali destinati all'esecuzione delle sentenze della Corte Interamericana all'interno degli Stati condannati impedisce che si realizzi l'effettiva tutela garantita dalla CADH e disposta dalla Corte. L'assenza di un meccanismo regionale unificato per l'esecuzione delle

³² Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de Agosto de 1986. Serie A No. 7. Solicitante: Costa Rica, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf (accesso 12.09.2020).

Sulla competenza consultiva della CIDH, la dottrina ha precisato che le "opinioni consultive" sono vincolanti solo per gli Stati che le richiedono, e che - rappresentando un'interpretazione autentica del diritto internazionale - sono fonte suppletiva e devono essere considerate da tutti gli Stati americani come norme per il compimento delle loro obbligazioni internazionali. In virtù della competenza contenziosa, invece, le sentenze della CIDH sono definitive e inappellabili (salvo i casi in cui l'istanza internazionale non prevede ricorso di revisione), secondo quanto dispongono gli artt. 67 e 68.1 CADH. Cfr. Garro, Anamari, "La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in Cuest. Const. no.20 México ene./jun. 2009 (online accesso 10.10.2020). Secondo alcuni autori, l'effetto pratico di decisioni e opinioni consultive è lo stesso: Buergethal, Thomas, "Las convenciones Europea y Americana: algunas similitudes y diferencias", in AAVV, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1980, pp. 202 ss.

³³ Londoño-Lázaro, María Carmelina, "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in Boletín mexicano de derecho comparado, 2010, n. 43 (128), pp. 761-814; sempre Londoño-Lázaro, "Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada", in Revista Colombiana de Derecho Internacional, n. 5, junio, 2005, pp. 89-115, <https://www.redalyc.org/pdf/824/82400503.pdf> (accesso 13.10.2020).

sentenze della CIDH, implica che ogni Stato, conformemente al proprio ordinamento giuridico interno, dovrà farsi carico di dare esecuzione alle sentenze di condanna, e in particolare alla regola per cui "alla parte della sentenza che disponga un indennizzo compensatorio potrà essere data esecuzione nel rispettivo procedimento interno per l'esecuzione delle sentenze contro lo Stato" (art. 68.2 della CADH). Il ritardo ingiustificato, in molti casi "per un tempo indefinito", è molto frequente nei Paesi dell'America Latina, e così gli Stati condannati tendenzialmente non danno esecuzione alle sentenze. Di fatto, il grado di efficacia che tali pronunce hanno avuto all'interno degli Stati aderenti alla CADH è stato misurato in relazione all'art. 2, il quale stabilisce la supremazia delle disposizioni convenzionali sulle misure legislative (che includono la Costituzione, le leggi ordinarie e ogni altra misura di carattere generale) o di altra natura (atti amministrativi e giurisdizionali), nella misura in cui la CADH impone agli Stati parte l'obbligo di disapplicare norme e prassi che determinino una violazione delle garanzie previste dalla Convenzione, così come l'obbligo di adottare norme e di sviluppare prassi virtuose, che portino all'effettiva osservanza di tali garanzie³⁴. Spetterà in ultima analisi agli Stati aderenti alla CADH realizzare l'effettiva tutela disposta dalla Corte Interamericana e garantita dalla Convenzione Americana, confermando che anche l'architettura costituzionale metastatuale interamericana dei diritti dell'uomo – come quella europea, è tridimensionale e si regge sulle fonti di diritto internazionale, su quelle interne degli Stati e sull'interpretazione multilivello delle Corti.

.

³⁴ Ovalle Favela, José, "La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos", in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 134, mayo-agosto 2012, México.