



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Nuevos derechos en acción: reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador y Chile bajo la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Pinto E Netto, L.C.; Rechnitzer van der Wielen; A.

Citation

Pinto E Netto, L. C. (2024). Nuevos derechos en acción: reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador y Chile bajo la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista De Investigações Constitucionais*, 11(3), 1-30. doi:10.5380/rinc.v11i3.96245

Version: Publisher's Version

License: [Creative Commons CC BY 4.0 license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4109169>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 11 | N. 3 | SETEMBRO/DEZEMBRO 2024 | ISSN 2359-5639



Nuevos derechos en acción: reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador y Chile bajo la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *

New rights in action: recognition of equal marriage in Ecuador and Chile under the influence of the Inter-American Court of Human Rights

LUÍSA CRISTINA PINTO E NETTO ^{I, **}

^I Universidad de Leiden (Leiden, Países Bajos)

l.c.pinto.e.netto@law.leidenuniv.nl

<https://orcid.org/0000-0002-2379-8188>

ANNA RECHNITZER VAN DER WIELEN ^{II, ***}

^{II} Universidad de Utrecht (Utrecht, Países Bajos)

arechvan17@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0001-3681-8766>

Recibido/Received: 25.07.2024 / 25 July 2024

Aprobado/Approved: 28.10.2024 / 28 October 2024

Abstracto

En este artículo analizamos el proceso de reconocimiento de nuevos derechos fundamentales. Asumimos que el sistema de derechos fundamentales debe evolucionar para ofrecer protección a la dignidad humana. Esta evolución puede ocurrir a través de la interpretación legal, que conduce al descubrimiento y avance de derechos

Abstract

In this article we analyze the process of recognition of new fundamental rights. We assume that the fundamental rights system must evolve to provide protection for human dignity. This evolution can occur through statutory interpretation, leading to the discovery and advancement of implicit rights, especially through judicial adjudication. New

Como citar esse artigo/How to cite this article: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; WIELEN, Anna Rechner Van Der. Nuevos derechos en acción: reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador y Chile bajo la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 11, n. 3, e271, set./dez. 2024. DOI: 10.5380/rinc.v11i3.96245.

* Colaboración: El artículo fue concebido en conjunto, con el fin de presentar nuestras ideas sobre el asunto de forma combinada, utilizando nuestros intereses y resultados de investigación. Debatisimos el tema y extrajimos unas conclusiones comunes. No obstante, es importante reconocer las partes de las que son responsables individualmente, sobre todo teniendo en cuenta el futuro trabajo de investigación, autoría y publicación. Luísa trabaja sobre los "nuevos derechos" y el proceso de reconocimiento y promoción de nuevos derechos o derechos implícitos, por lo que es directamente responsable de las secciones 2, 3 y 4. Anna está cursando un máster en Investigación Jurídica con énfasis en la Corte Interamericana; por lo tanto, directamente responsable de la sección 5. Anna fue además responsable de la traducción de todo el artículo al español.

** Profesora asistente de Derecho Constitucional en la Universidad de Leiden (Leiden, Países Bajos), doctorado en Derecho Público de la Universidad de Lisboa (Portugal), maestría en Derecho Administrativo de la Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil).

*** Maestría en Investigación Jurídica (LL.M) en la Universidad de Utrecht (Utrecht, Países Bajos)

implícitos, especialmente mediante adjudicación judicial. También se pueden agregar nuevos derechos al sistema mediante enmiendas constitucionales y mediante la recepción de normas de derecho internacional; existe una influencia mutua entre los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Para evitar una proliferación artificial de los derechos, elaboramos criterios para probar nuevos derechos. Este argumento se explora analizando el reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario en Ecuador y Chile bajo la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Concluimos afirmando la fundamentalidad del derecho al matrimonio igualitario y la corrección de su reconocimiento.

Palabras-clave: derechos nuevos; derechos implícitos; matrimonio igualitario; Corte Interamericana de Derechos Humanos

rights can also be added to the system through constitutional amendments and through the reception of norms of international law; there is a mutual influence between national and international legal systems. To avoid an artificial proliferation of rights, we develop criteria for testing new rights. This argument is explored by analyzing the recognition of the right to equal marriage in Ecuador and Chile under the influence of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). We conclude by affirming the fundamentality of the right to equal marriage and the correctness of its recognition.

Keywords: new rights; implicit rights; egalitarian marriage; Inter-American Court of Human Rights.

SUMARIO

1. Introducción; 2. Derechos Fundamentales en Estado Constitucional; 3. Derechos Nuevos – Formas de Reconocimiento; 4. Probando Nuevos Derechos; 5. Nuevos Derechos en Práctica Legalización del Matrimonio Igualitario; 5.1. ¿Una Apertura a Derechos Nuevos?; 5.2. Desarrollo a través de un enfoque constitucional; 5.3. Desarrollo a través de un enfoque legislativo; 5.4. Evolución de la Interpretación de los Derechos Fundamentales; 6. Observaciones Finales; 7. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales y los derechos humanos, el medio jurídico más poderoso para proteger la dignidad humana, han adquirido un lugar central en diversos ordenamientos jurídicos, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, y afectan a cuestiones axiales en relación con el estado, la comunidad y el individuo. El proceso de reconocer jurídicamente los derechos como tales y codificarlos en estos diversos ordenamientos jurídicos suele ser un largo camino, lleno de retos y grandes interrogantes. A través de este camino se da la bienvenida a una multitud de nuevos derechos en los debates políticos y jurídicos; pensemos en el derecho al acceso a Internet, el derecho al agua potable, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al aborto,¹ los derechos de la naturaleza, los derechos de las generaciones futuras.

Como dice John Tasioulas, los derechos se entrecruzan con casi todas las decisiones políticas o sociales punzantes. Por lo tanto, parece haber una tendencia comprensible a recurrir a un marco de derechos cuando se trata de abordar problemas

¹ LEGALE, Siddharta; RIBEIRO, Raísa D.; FONSECA, Priscila Silva. O aborto no sistema interamericano de direitos humanos: contribuições feministas. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 103-135, jan./abr. 2022.

políticos, económicos y sociales agudos. No obstante, es posible que el marco jurídico de los derechos no sea capaz ni adecuado para abordar todos estos retos; algunas cuestiones exigen enfoques diferentes en los ámbitos jurídico, político, económico y social².

Por un lado, los contextos sociales y medioambientales conducen a la necesidad de actualizar el sistema de derechos; el reconocimiento de derechos implícitos y nuevos derechos parece inevitable y deseable ante la historia y sus circunstancias cambiantes. Por otro lado, una proliferación artificial de derechos puede debilitar su valor jurídico y político. El sistema de derechos no puede expandirse sin límites y, aunque tal expansión fuera posible, no todos los problemas sociales o medioambientales pueden abordarse adecuadamente a través de un marco jurídico de derechos.

Estas consideraciones introductorias apuntan a una defensa seria de los derechos fundamentales y humanos, pero, al mismo tiempo, a un enfoque prudente y consciente, sin desdeñar la necesidad de cautela ante un fenómeno de “panjusfundamentalización”, o proliferación artificial³. Existe una necesidad constante de actualizar el sistema de derechos, pero este proceso debe parametrizarse.

En este artículo, nosotras (Luísa y Anna) exploramos la cuestión de la evolución del sistema de derechos utilizando un ejemplo específico – el derecho al *matrimonio igualitario*⁴ – y su reconocimiento en dos ordenamientos constitucionales concretos⁵. Elegimos nuestro ejemplo para explorar la interacción entre los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales y entre un sistema de protección regional y las jurisdicciones nacionales. Para enriquecer esta exploración, Anna optó por comparar el proceso de reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario en Ecuador y Chile, analizando los mecanismos específicos utilizados y los diferentes papeles asignados a las decisiones y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La argumentación se desarrolla del siguiente modo. En la sección 2, Luísa ofrece una breve explicación sobre las premisas teóricas en el ámbito de la comprensión de los derechos fundamentales en el “estado constitucional”. En la sección 3, explica la apertura del sistema de derechos, así como las vías a través de las cuales el sistema

² TASIOLAS, John. Are Human Rights Taking Over The Space Once Occupied By Politics? **The NewStatesman**, 2019. Disponible en: <https://www.newstatesman.com/politics/2019/08/are-human-rights-taking-over-the-space-once-occupied-by-politics-2>; HANNUM, Hurst, **Rescuing Human Rights: A Radically Moderate Approach**, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

³ HANNUM, Hurst. **Rescuing Human Rights: A Radically Moderate Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019; TASIOLAS, John. Are Human Rights Taking Over The Space Once Occupied By Politics? **The NewStatesman**, 2019. Disponible en: <https://www.newstatesman.com/politics/2019/08/are-human-rights-taking-over-the-space-once-occupied-by-politics-2>; DÜWELL, Marcus; BOS, Gerhard; VAN STEENBERGEN, Nao-mi. **Towards the Ethics of a Green Future: The Theory and Future for Human Rights for Future People**. Oxfordshire: Routledge Publishing, 2018.

⁴ Matrimonio igualitario: refiriéndose a el matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

⁵ NETTO, Luísa Cristina Pinto. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Íthala, 2016; NETTO, Luísa Cristina Pinto. Criteria to scrutinize new rights: protecting rights against artificial proliferation. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 11–75, 2021.

puede acoger derechos nuevos o implícitos. En la sección 4, Luísa presenta y desarrolla algunos criterios provisionales para poner a prueba los nuevos derechos. En la sección 5, Anna se fijará en el desarrollo del matrimonio igualitario como un derecho nuevo dentro del esquema del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta sección también abordará los casos de Ecuador y Chile; quienes ambos legalizaron el matrimonio igualitario con apoyo en el Sistema Interamericano, pero a través de vías constitucionales y legislativas, respectivamente. Por último, presentamos algunas observaciones finales. A través del lente de los criterios presentados para probar nuevos derechos y el análisis del reconocimiento concreto de un nuevo derecho en los ordenamientos constitucionales de Ecuador y Chile avanzamos nuestra argumentación a favor de la fundamentalidad del derecho al matrimonio igualitario y de su reconocimiento.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESTADO CONSTITUCIONAL

Es importante considerar brevemente el papel y la importancia de los derechos fundamentales en el “estado Constitucional”, con el fin de sentar las bases teóricas necesarias para abordar el reconocimiento de nuevos derechos. Estas bases se encuentran en una concepción genérica del “estado Constitucional”, en la comprensión del Derecho como sistema jurídico y en la concepción del sistema de derechos fundamentales como sistema abierto, brevemente expuestas a continuación⁶.

El estado Constitucional⁷, aquí tomado como arquetipo, se construye sobre los principios de (i) estado de Derecho⁸, (ii) democracia⁹ y (iii) bienestar social¹⁰. El estado de Derecho afirma la importancia del Derecho como límite y guía de la acción estatal. Conjuntamente, el Derecho se establece democráticamente a través de la participación política de los ciudadanos, que necesariamente son portadores de las precipitaciones

⁶ NETTO, Luísa Cristina Pinto. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Íthala, 2016; NETTO, Luísa Cristina Pinto. Criteria to scrutinize new rights: protecting rights against artificial proliferation. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 11–75, 2021.

⁷ GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 10; ALLAN, T. R. S. Constitutional rights and the rule of law. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 132–142.

⁸ Para una aproximación a el *rule of law*, CRAIG, Paul, Formal and substantive conceptions of the Rule of Law: an analytical framework. **Public Law**, n. 3, p. 467–487, 1997; TASIOLAS, John. The Rule of Law. In: TASIOLAS, John (ed.). **The Cambridge Companion to the Philosophy of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 117–134.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **The inclusion of the other: studies in political theory**. Cambridge: MIT Press, 1998; STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts. V, zweite Auflage**. Heidelberg: Müller, 2000, p. 22 y ss; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000, p. 92 y ss.

¹⁰ BENDA, Ernst. El Estado social de derecho. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts. V, zweite Auflage**. Heidelberg: Müller, 2000. Wim VOERMANS, **Het verhaal van de grondwet: zoeken naar wij**. Amsterdam: Prometheus, 2019, p. 232–233.

legales específicas de la dignidad humana, es decir, los derechos fundamentales. Estos derechos van más allá de las garantías formales de libertad y proporcionan al menos una protección mínima de una existencia digna basada en salvaguardias públicas de seguridad social.

La constitución es central en esta concepción del Derecho; se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico y congrega las decisiones más importantes sobre la convivencia de la comunidad política y el estado¹¹. La constitución es un elemento jurídico clave en la pluralidad social del estado democrático. Combinando la afirmación del principio democrático con la soberanía popular, la constitución aparece como el elemento normativo central y primordial que garantiza la unidad del estado e impulsa los procesos políticos. La constitución se convierte en un “orden histórico-concreto de las sociedades políticas secularizadas y pluralistas”, un elemento esencial frente a los crecientes clivajes axiológicos que informan el consentimiento constitucional y están presentes en la práctica constitucional¹².

Dentro del ordenamiento jurídico del estado constitucional, cobra relevancia el conjunto de derechos fundamentales, que trazan el estatus individual *vis a vis* el estado y, en muchos aspectos, *vis a vis* otros individuos y organizaciones¹³. El estado constitucional está impregnado de derechos fundamentales (en alemán: *grundrechtsdurchdrungenen Verfassungsstaat*), cuya estructuración sistémica participa en la construcción de la identidad estatal¹⁴. En este concepto general de Estado constitucional, la dignidad humana ocupa un lugar central, como valor positivizado que sienta las bases del ordenamiento jurídico. La dignidad humana se concreta en los derechos fundamentales, que no se limitan a una dimensión subjetiva ni a las libertades públicas clásicas. La protección de la dignidad, por lo tanto, exige la actualización permanente del sistema de derechos fundamentales, imponiendo su comprensión y concreción como un sistema abierto.

3. DERECHOS NUEVOS – FORMAS DE RECONOCIMIENTO

Los derechos fundamentales se consagran tradicionalmente en las constituciones nacionales. Este sistema de derechos constitucionales está abierto a la evolución por diversas vías. La apertura permite acoger derechos implícitos y nuevos en el sistema, permite que el sistema evolucione. Esta apertura puede establecerse explícitamente mediante

¹¹ Wim VOERMANS, **Het verhaal van de grondwet**: zoeken naar wij. Amsterdam: Prometheus, 2019, p. 232-233.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 12-13; 37-39; 114 y ss; 151 y ss; SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 122-124.

¹³ STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000. p. 21.

¹⁴ STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts**. V, zweite Auflage. Heidelberg: Müller, 2000. p. 5.

cláusulas abiertas, a menudo presentes en las constituciones contemporáneas¹⁵. Sin embargo, la concepción aquí presentada identifica un fenómeno más amplio; la apertura se manifiesta en la interpretación y creación de normas por diferentes medios, a través del cambio constitucional formal e informal, del desarrollo legislativo, de la interpretación judicial, la interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional.

La apertura para el reconocimiento de derechos nuevos o implícitos puede producirse en primer lugar a través de la interpretación, que indica concretamente el cambio constitucional informal y, más concretamente, la interpretación y adjudicación judicial, actualizando y/o ampliando el significado de las disposiciones constitucionales existentes.

Al considerar los nuevos derechos revelados mediante la interpretación, es importante explicar que el Derecho es portador de una apertura que deriva de las características del lenguaje. Hay una indeterminación en el Derecho que no puede ser eliminada, aun cuando sea deseable y viable establecer mecanismos para limitar la indeterminación y aumentar la seguridad jurídica. La norma jurídica no es un dato que se necesita encontrar o descubrir, sino más bien un significado a interpretar con relación al texto de la disposición legal y de los demás elementos jurídicos sistémicos¹⁶. La interpretación revela los significados probables y posibles que deben justificarse dentro de los límites textuales y sistémicos¹⁷. La indeterminación forma parte de la naturaleza del Derecho¹⁸. Es notable que esta indeterminación sea fuerte en el ámbito de los derechos¹⁹.

¹⁵ BRASIL, Constitución Brasileña, 1988, (Art 5, párrafo 2: Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen los demás derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte); Constitución del Estado de Ecuador (Art 5, párrafo 3: instrumentos internacionales de derechos humanos serán de aplicación directa e inmediata).

¹⁶ VENZKE, Ingo. Understanding the authority of international courts and tribunals: on delegation and discursive construction. **Theoretical Inquiries in Law**, Tel Aviv, vol. 14, n. 2, p. 381-409, 2013.; VENZKE, Ingo, Authoritative Interpretation. In: **Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law**; Amsterdam Law School Research Paper N. 2018-28; Amsterdam Center for International Law N. 2018-10. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3264566>; VENZKE, Ingo. The Practice of Interpretation in International Law: Strategies of Critique (September 10, 2018). In: DUNOFF, Jeff; POLLAK, M.A. **International Legal Theory: Foundations and Frontiers**. Amsterdam: Amsterdam Law School Research Paper N. 2018-22; Amsterdam Center for International Law N. 2018-07. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3247125>.

¹⁷ SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. In: KLATT, Matthias. **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 307-316. SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. In: KLATT, Matthias. **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 307-316.

¹⁸ HART, Herbert L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 124 ss; DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; SHAPIRO, Scott J., **The Hart-Dworkin Debate: A short guide for the perplexed**. New Haven: Yale University Law School, 2007. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>; BIX, Brian. H. L. A. Hart and the "Open Texture" of Language. **Law and Philosophy**. New York: Springer, vol. 10, n. 1, 1991; BIX, Brian. Law, Language, and Legal Determinacy. **Oxford Scholarship Online**, 2012.

¹⁹ ECKES, Christina. Integrated rights protection in the European and International Context: some reflections about limits and consequences. In: GOVAERE, I., GARBEN, S. **Interfaces between European and International Law**. Oxford: Hart Publishing, Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 101-124.

En lo que respecta al reconocimiento de derechos a través de la interpretación, es posible pensar en (i) una interpretación amplia de las disposiciones sobre derechos (ámbito de aplicación amplio), (ii) una interpretación evolutiva de las disposiciones sobre derechos, (iii) la construcción de derechos implícitos o no escritos, (iv) el reconocimiento de dimensiones específicas de disposiciones sobre derechos más amplias (derechos agrupados o derechos en su conjunto), (v) la derivación de derechos a partir de una dimensión objetiva de las disposiciones (deberes de organización y procedimiento).

El derecho internacional desempeña un papel importante en la apertura a través de la interpretación. Hay ejemplos destacados de disposiciones constitucionales que ordenan la interpretación de la legislación nacional de acuerdo con las normas y estándares internacionales, lo que podría dar lugar a la actualización del sistema nacional de derechos. Por lo tanto, no debe descuidarse la práctica de los tribunales regionales e internacionales y la influencia renovadora que ejerce el derecho internacional en la interpretación nacional tanto del derecho nacional como del internacional. En este escenario, el derecho internacional emerge, más allá de la existencia de normas vinculantes, como pauta interpretativa. En la jurisprudencia nacional en ciertos casos, es posible encontrar referencias a tratados (con o sin fuerza legal) para apoyar determinadas interpretaciones del derecho interno²⁰. En conjunto con el sistema de derecho internacional tradicional, existen especulaciones reales sobre un orden jurídico mundial emergente que podría ser significativo para la apertura estructural de derechos fundamentales²¹.

Hasta cierto punto es viable diferenciar el reconocimiento de nuevos derechos a través de la interpretación y a través de la creación de normas. En otras palabras, es posible distinguir entre el reconocimiento de contenidos fundamentales implícitos sin modificación constitucional o legislativa y la adición de nuevos contenidos fundamentales mediante la creación de nuevas normas constitucionales o de derecho común. No obstante, es importante señalar que la aplicación judicial de las normas de derechos fundamentales y el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales podrían demostrar que esta diferenciación no es absoluta; la línea que separa la interpretación de la creación jurídica puede ser bastante difusa.

Más allá de la interpretación, la creación de nuevas normas puede dar lugar a la incorporación de nuevos derechos en un sistema constitucional. Estas normas pueden ser el resultado de un cambio constitucional formal a través de enmiendas y, en

²⁰ BRÖLMANN, Catherine; BINDER, Christina. The law of treaties before domestic courts and human rights bodies. **Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper**, N. 2017-41, Amsterdam: Amsterdam Center for International Law N. 2017-27.

²¹ KRISCH, Nico. Global administrative law and the constitutional ambition. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 245-266; CASSESE, Sabin. **La globalización jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2006; TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: Oxford, 2012.

algunos sistemas, incluso de la aplicación de la ley ordinaria. También, las (nuevas) normas internacionales pueden incorporarse al sistema, dando lugar a la acogida de nuevos derechos. Adicionalmente a una adhesión voluntaria al derecho internacional, es posible considerar la imposición de nuevas normas en un sistema de derecho interno cuando debe reconocerse el carácter de *ius cogens* a algunas normas internacionales de derechos humanos.

En ambas formas de reconocimiento de nuevos derechos, interpretación o creación de normas, las influencias mutuas entre los diferentes sistemas jurídicos es un factor importante, ya sea entre las jurisdicciones internacionales/regionales y nacionales, ya sea entre las diferentes jurisdicciones nacionales²².

Por un lado, las interacciones jurídicas aquí abordadas pueden dar lugar a que nuevos contenidos se integren en el sistema de derechos fundamentales de un estado constitucional como nuevas normas. Por otro lado, las operaciones interpretativas basadas en estas interacciones también son capaces de fertilizar los sistemas. Es importante destacar que la influencia es mutua; el Derecho internacional influye en el Derecho interno, pero a su vez también se enriquece significativamente con las aportaciones jurídicas nacionales.

Por lo tanto, incluso en presencia de influencias mutuas, es importante señalar que el reconocimiento de nuevos derechos en los órdenes internacional y nacional sigue caminos diferentes²³. El proceso, los requisitos y las consecuencias del reconocimiento de nuevos derechos humanos (internacionales) no son exactamente los mismos con respecto a los derechos fundamentales/constitucionales (nacionales). Las diferencias pueden identificarse cuando se piensa en la inexistencia de un documento constitucional global, en la inexistencia de poderes globales como el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.

En el escenario interno, el reconocimiento del carácter abierto del sistema de derechos y el reconocimiento de derechos implícitos o nuevos puede tener múltiples consecuencias para este mismo sistema, como el peligro de un reconocimiento artificial

²² NOLLKAEMPER, Andre. Conversations Among Courts: Domestic and International Adjudicators. In: ALTER; Karin, ROMANO; Cesare, SHANY, Yuval. **Handbook of International Adjudication** (OUP 2013, Forthcoming), Amsterdam: Amsterdam Law School Research Paper N. 2013-30, Amsterdam Center for International Law N. 2013-08. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2270565> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2270565>; MAUS, Didier. Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles. **Revue Française de Droit Constitutionnel**, Paris, n. 80, p. 675-696, oct. 2009; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Constitutional borrowing and non-borrowing. **International Journal of Constitutional Law**, New York, vol. 1, n. 2, p. 196-223, 2003; GREWE, Constance. Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. **Révue universelle des droits de l'homme**, vol. 16, n. 1-4, p. 26-32, 2004.

²³ ALSTON, Philip. Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control. **The American Journal of International Law**, 1984, vol. 78, n. 3, p. 607-21. Disponible en <https://doi.org/10.2307/2202599>; LEWIS, Bridget. Quality Control for New Rights in International Human Rights Law: A Case Study of the Right to a Good Environment. **Australian Yearbook of International Law**, vol. 33, n. 1, p. 55-80, 2015.

de los derechos fundamentales y la devaluación de estos. También pueden producirse otras consecuencias relevantes en relación con el sistema constitucional, a saber, la separación de poderes y la normatividad constitucional; existe el riesgo de debilitar la fuerza normativa de estos sistemas.

Debido a estos posibles peligros, a más de explorar las formas en que evoluciona el sistema, yo (Luísa) hice un primer esfuerzo para abordar el problema de la proliferación de derechos. Teniendo como premisa que el sistema de derechos fundamentales no puede expandirse ilimitadamente, que la apertura debe combinarse con algún grado de cierre, en mi investigación previa me planteé la siguiente pregunta: ¿es deseable operar una constitucionalización compensatoria de los derechos y cuáles deberían ser los criterios para guiar esta constitucionalización?²⁴ En este artículo presentaré brevemente estos criterios, como guía para el proceso de reconocimiento de nuevos derechos. No se abordará aquí la cuestión de si estos criterios podrían utilizarse con éxito en la práctica judicial. No obstante, los utilizaremos, en nuestras observaciones finales, como marco para acceder a si puede justificarse el reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario.

4. PROBANDO NUEVOS DERECHOS

La idea principal que subyace a los criterios para poner a prueba los “nuevos derechos” es desvelar la fundamentalidad substancial de estos derechos y utilizar la existencia de esta fundamentalidad para reclamar el mismo trato para ellos que el trato destinado a los derechos explícitamente consagrados en el texto constitucional. Esta circunstancia explica por qué los criterios son más adecuados para probar derechos “nuevos”, derechos que no se benefician de una argumentación suficiente para ser presentados como ya implícitos en el sistema. Sin embargo, estos criterios pueden igualmente apoyar las interpretaciones que exponen y justifican derechos implícitos.

La búsqueda de criterios para probar substancialmente los nuevos candidatos a enriquecer el sistema de derechos fundamentales radica en los propios fundamentos de los derechos fundamentales y debe ser una combinación de elementos formales y substanciales. Debe existir un procedimiento para examinar tanto la fuente como el contenido de los derechos candidatos a entrar en el sistema.

De hecho, los nuevos derechos deben emanar de alguna fuente legítima del Derecho para beneficiarse de la apertura y entrar en el sistema. Los derechos o sus

²⁴ NETTO, Luísa Cristina Pinto. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Íthala, 2016; NETTO, Luísa Cristina Pinto. Criteria to scrutinize new rights: protecting rights against artificial proliferation. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 11–75, 2021; La idea de constitucionalización compensatoria se inspiró en: PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, vol. 19, p. 579-610, 2006.

especificaciones pueden ser el resultado de decisiones judiciales que les confieren significados más amplios o renovados a través de la interpretación²⁵. En cuanto a las fuentes en sentido estrictamente técnico, los derechos pueden estipularse por enmienda constitucional²⁶, por promulgación legislativa de nueva ley infra constitucional y por instrumentos de derecho internacional. Estas fuentes, salvo la enmienda constitucional y en cierta medida los instrumentos de derecho internacional (de acuerdo con las disposiciones constitucionales concretas), no están legitimadas para “crear” “nuevos” derechos y otorgarles el *estatus* de normas constitucionales formales. Esta es la razón por la que estos derechos deben someterse a una prueba para verificar su fundamentalidad substancial con el fin de reclamar la constitucionalización compensatoria. Trata-se de testar derechos que no fueran originalmente constitucionalizados mas que, por su contenido, merezcan lo mismo régimen constitucional.

En lo que se refiere a los criterios substanciales para encontrar la fundamentalidad substancial es importante señalar que no es adecuado buscar estos criterios en alguna concepción del “Derecho Natural”. Es necesario dotar de un fundamento intersubjetivo racionalmente controlable a estos pretendidos derechos fundamentales. El orden jurídico constitucional estatal no debe exigir garantías meta-sociales, y el Derecho no debe ser interpretado como imagen y semejanza de un orden jurídico natural o metafísico basado en principios morales supraestatales. Como afirma Jürgen Habermas, el Derecho debe interpretarse sobre principios que puedan justificarse racionalmente²⁷. En otras palabras, los derechos a merecer constitucionalización compensatoria deben ser racionalmente justificables.

Cada sistema constitucional tiene sus propias características, pero es posible abordar un cierto nivel de generalización, como se ha señalado anteriormente, dentro del arquetipo de estado constitucional. Dentro de esta generalización, los criterios se presentan en términos abstractos y deben adaptarse cuando se apliquen a sistemas constitucionales específicos, considerando que (i) no existe un criterio autónomo; (ii) los criterios formales o estructurales no son suficientes; (iii) los criterios presentados no deben verse como parámetros absolutos o inmutables para admitir nuevos derechos en el sistema.

Con estas premisas, yo (Luísa) desarrollé los siguientes criterios para probar la fundamentalidad substancial de un nuevo derecho: (i) su relevancia para la norma de la dignidad humana; (ii) el individuo como su referencia; (iii) su relevancia y su conexión

²⁵ PULIDO, Carlos Bernal. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. In: CAVINO, Massimo (a cura di). **Esperienze di diritto vivente: la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo:** Italia, Francia, Belgio, Germania, Spagna, Portugal, Brasile, Argentina, Colombia. Milano: Giuffrè, 2009. vol.1, p. 279-312.

²⁶ PAISES BAJO. *Nederlandse Grondwet* (Constitución de los Países Bajos) (2002), arts. 1, 13 y 17, como ejemplo.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** ed. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012; ALEX, Robert. **The argument from injustice: a reply to legal positivism.** Oxford: Oxford, 2002.

con las normas de derechos fundamentales explícitamente positivizadas en la constitución; (iv) su relevancia y su conexión con los elementos estructurantes del sistema de derechos fundamentales; (v) su relevancia y su conexión con los principios estructurantes del estado constitucional; (vi) su proximidad a las normas internacionales (estándares internacionales) sobre derechos humanos; (vii) su justificabilidad (la capacidad de ser debidamente justificado); (viii) la idoneidad de su fuente²⁸.

Es interesante observar que otros estudiosos también han intentado presentar criterios para probar nuevos derechos, pero sus esfuerzos se centran más en el ámbito del derecho internacional²⁹. No obstante, existen importantes congruencias entre sus estudios y los criterios aquí presentados. Su contribución arroja nueva luz sobre mi conjunto de criterios y lleva a actualizarlo. Un aspecto que ya destaca se refiere a la cuestión de si un nuevo derecho debe ser reconocido cuando sólo presenta un contenido fundamental relacionado con otros derechos. En otras palabras, un nuevo criterio de contenido fundamental autónomo podría examinarse y dar lugar a otras adaptaciones en el conjunto de criterios³⁰. Este aspecto parece importante para nuestro ejemplo concreto en este artículo: el derecho al matrimonio igualitario.

Un nuevo derecho, para entrar en el sistema de derechos fundamentales a través de la prueba de fundamentalidad, debe servir a la protección de bienes jurídicos dentro de la esfera individual que sean indispensables para salvaguardar la dignidad humana. En el proceso de comprobación, la carga argumentativa debe cumplirse adecuadamente demostrando que el nuevo derecho es necesario para la protección y promoción de la dignidad humana o la mejora. Debe hacerse visible que la dignidad humana carecería de una protección importante si el derecho no se aceptara en el sistema.

A la hora de buscar la fundamentación substancial de nuevos elementos para su posible entrada en el sistema de derechos fundamentales, la imagen del titular de los derechos es fundamental para identificar los bienes que podrían requerir y merecer protección. Se debe poder recordar la imagen de ser humano, persona, miembro individual de una comunidad política. Un derecho, para ser fundamental, debe tener esta imagen como referencia. Debe existir un punto subjetivo de imputación normativa al que el derecho debe referirse.

²⁸ NETTO, Luísa. Criteria to Scrutinize New Rights: Protecting Rights against Artificial Proliferation. **Journal of constitutional research**, São Paulo: SciELO Brazil, 2021.

²⁹ ALSTON, Philip. Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control. **The American Journal of International Law**, vol. 78, n. 3, 1984, p. 607–21; LEWIS, Bridget. Quality Control for New Rights in International Human Rights Law: A Case Study of the Right to a Good Environment. **Australian Yearbook of International Law**, vol. 33, n. 1, p. 55–80, 2015.

³⁰ ATAPATTU, Sumudu. **UN Human Rights Institutions and the Environment**. 1 ed, Oxfordshire: Routledge, 2023. LEWIS, Bridget. Environmental Rights or a Right to the Environment?: Exploring the Nexus between Human Rights and Environmental Protection. **Macquarie Journal of Comparative and International Environmental Law**, vol. 8, n. 1, p. 36–47, 2012.

Los parámetros relevantes para la constitucionalización compensatoria de los derechos pueden encontrarse en el contenido substancial protegido por la constitución y por el sistema de derechos fundamentales visto de forma evolutiva. En lo que respecta a las normas explícitas de derechos fundamentales, una directriz básica es la idea de indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales. Todas las normas de derechos fundamentales convergen para ofrecer a la dignidad humana la mejor protección y promoción posibles dentro del sistema constitucional³¹. Se invocan en una empresa conjunta, incluso cuando una norma de derechos fundamentales es más específicamente adecuada para un caso concreto. Asimismo, la eficacia de un derecho puede tener fuertes efectos sobre la eficacia de otros derechos, lo que puede influir positivamente en la fuerza normativa del sistema de derechos en su conjunto. El presente criterio muestra la necesidad de comparar el nuevo derecho con los derechos existentes en el sistema en cuanto a su capacidad para proteger y/o promover la dignidad humana. Llegados a este punto, la cuestión de si un nuevo candidato es substancialmente fundamental podría plantearse de la siguiente manera: ¿tiene este candidato una capacidad de protección o promoción de la dignidad humana similar a la de los derechos enumerados? ¿Es este candidato esencial o muy necesario para garantizar o mejorar la eficacia de los derechos fundamentales enumerados?

Por otra parte, los nuevos candidatos a entrar en el sistema de derechos fundamentales no necesitan demostrar su compatibilidad con todos los derechos previamente codificados; los derechos pueden entrar en colisión, reflejando los diversos y contradictorios valores que subyacen al sistema constitucional. El propio núcleo de la Constitución y los sistemas de derechos conllevan valores que a menudo exigen un compromiso³²; la unidad de los sistemas es mucho más algo que debe perseguirse dinámicamente que un dato estático.

Siguiendo los criterios enumerados anteriormente, se espera de los candidatos a entrar en el sistema de derechos que sean relevantes y puedan conectar con los elementos y principios estructurantes del estado constitucional y su ordenamiento jurídico. El objetivo de este criterio es garantizar que la acogida de un nuevo derecho no distorsione los sólidos vínculos que deben unir los derechos fundamentales y el tejido axiológico constitucional. Todos los derechos, establecidos originariamente en el texto constitucional o resultantes de una constitucionalización compensatoria, deben integrarse en el patrimonio³³ axiológico constitutivo del estado constitucional.

³¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9.ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 89.

³² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 75 y ss.

³³ HERRERA, Miguel Angel García. 2 ed. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. XLIII-LIX.

Por lo tanto, la búsqueda de una fundamentación substancial gana apoyo al anclar los nuevos derechos en normas o estándares internacionales. Si el nuevo candidato a entrar en un sistema nacional de derechos está anclado en normas internacionales y está estrechamente relacionado con disposiciones o normas internacionales, esto contribuye positivamente a la argumentación a favor del candidato. Este anclaje funciona como un vestigio de su fundamentalidad substancial. Ciertamente, éste debe ser un criterio dentro de los múltiples criterios. Asimismo, es esencial no considerar negativamente las normas internacionales, ya que, en ocasiones, pueden ofrecer un nivel mínimo de protección. Esta circunstancia no debe conducir a negar la constitucionalización compensatoria a un candidato que represente un mayor nivel de protección. Los candidatos deben someterse a la prueba de los demás criterios y de las especificidades del sistema nacional en cuestión. Este aspecto también es relevante porque los estándares internacionales pueden necesitar ser vistos a la luz de la idiosincrasia histórica y cultural de la comunidad política concreta.

Como último paso, los candidatos a la constitucionalización compensatoria deben poder justificarse adecuada y suficientemente. Debe ser posible desarrollar y presentar una justificación racional a favor del nuevo derecho. Este criterio es el corolario de los demás parámetros, lleva a término la tarea de comprobación, desvelando todo el proceso. En resumen, la justificabilidad desvela que, si la carga argumentativa a favor de la constitucionalización compensatoria de un derecho se cumple adecuadamente, la puerta del sistema de derechos está abierta. En este escenario, la justificación de los derechos fundamentales requiere de una moralidad racionalmente interpretada y cuyos argumentos de fundamentación puedan ser expuestos a través de la argumentación³⁴. El objetivo por alcanzar mediante la constitucionalización compensatoria ya sea en el plano interpretativo o en el de la creación normativa, no es descubrir los derechos en un orden moral trascendental y afirmarlos como jurídicamente vinculantes. Se trata de justificar el reconocimiento de elementos que deben participar en el sistema de derechos por su relevancia para la dignidad humana dentro de un estado democrático constitucional. Esta justificación se construye a través de procedimientos discursivos racionales que sustentan la decisión de afirmar la fundamentalidad substancial de los nuevos derechos. Ciertamente, los procedimientos pueden contar con consideraciones morales que deben someterse a requisitos discursivos racionales.

En este punto, la justificación de un nuevo derecho puede verse reforzada por argumentos que expongan la especificidad del derecho. En otras palabras, demostrar que un nuevo derecho protege facetas de la dignidad humana que no están específicamente protegidas por los derechos existentes es un argumento de peso a favor del nuevo derecho.

³⁴ KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias. **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 22.

Por último, la justificabilidad también se refiere a la necesidad de indicar una disposición jurídica válida que funcione como fuente jurídica del candidato a entrar en el sistema de derechos. Si el candidato es una norma derivada (implícita), en su proceso de justificación deben presentarse las disposiciones explícitas a las que está anclado.

Si se cumple la tarea, es decir, si se lleva a cabo la carga argumentativa frente a los criterios presentados con anterioridad a favor de un candidato a entrar en el sistema de los derechos fundamentales, debe reconocerse su fundamentalidad substancial. Sin duda, se trata de una vía argumentativa compleja y polifacética; no basta con demostrar la existencia y validez de una norma jurídica que comporta un derecho. Este camino requiere la demostración de que una norma jurídica y válida conlleva un derecho reivindicado por las cuestiones centrales que conciernen al individuo, a la comunidad política y al estado, un derecho sin el cual la protección de la dignidad humana no puede garantizarse adecuadamente en el Estado constitucional.

La tarea implica consideraciones morales y no puede ofrecer resultados exentos de controversia. La objetividad absoluta no es alcanzable, una única respuesta correcta a todas las hipótesis no es factible. Si la objetividad absoluta no es alcanzable, de ello no se sigue que el proceso sea irracional. El objetivo del proceso de probar nuevos candidatos y tratar de identificar su fundamentación substancial, con la ayuda de la argumentación jurídica, es exponer esta prueba sometiéndola a una vía argumentativa en la que se requiere justificación y control intersubjetivo³⁵.

Se trata de un esfuerzo por presentar criterios para testar la fundamentalidad de derechos no consagrados explícitamente en la Constitución. Ahora debemos investigar cómo se reconoció un nuevo derecho en dos ordenamientos constitucionales diferentes. Este proceso puede arrojar luz sobre estos criterios, como abordaremos en nuestras observaciones finales.

5. NUEVOS DERECHOS EN PRÁCTICA: LEGALIZACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

5.1. ¿Una Apertura a Derechos Nuevos?

Dentro de la estructura internacional de derechos humanos, los derechos de la comunidad LGBTQ+ son notoriamente difíciles de proteger – en gran parte a causa de oposición doméstica y en ausencia de obligaciones explícitas dentro del esquema

³⁵ Carlos Bernal Pulido afirma que la objetividad absoluta es una utopía, inalcanzable en cualquier ámbito normativo (PULIDO, Carlos Bernal. Estudio introductorio. In: ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2007).

de la ley dura³⁶ ³⁷. Sin embargo, la mayoría del progreso substantivo en la protección de tales derechos se ha logrado utilizando los derechos *existentes* como base para garantizar nuevas obligaciones. En particular, el movimiento para legalizar el matrimonio igualitario se ha fundado en estos derechos establecidos: en particular en el derecho de igual protección e igualdad ante la ley³⁸. Incluso si estos derechos no fueron diseñados específicamente para la protección de los derechos matrimoniales, tanto las cortes nacionales como internacionales han ampliado su ámbito de aplicación para garantizar su legalización³⁹. En este sentido, los sistemas de derechos fundamentales han evolucionado a través de interpretaciones más extensas de los derechos humanos.

Por ejemplo, la Corte IDH ha reinterpretado previamente sus propios derechos para incorporar los derechos LGBTQ+. Más recientemente, la Corte ha establecido una obligación para legalizar el matrimonio igualitario a través de su opinión consultiva OC-24/17 (2017), en virtud del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴⁰. Sin embargo, el carácter legal de esta opinión consultiva no es ejecutable por ley, y la Corte IDH aún no se ha podido pronunciar en materia del matrimonio igualitario dentro de su jurisdicción contenciosa.

No obstante, esta postura de la Corte IDH sobre el matrimonio igualitario ha demostrado tener un efecto catalizador: ya que algunos estados latinoamericanos han indicado sus propios procesos de legalización del matrimonio igualitario en base de este pronunciamiento. Las cortes constitucionales de ambos Costa Rica y Ecuador han utilizado la opinión OC-24/17 como fundamento para establecer una obligación nacional para legalizar el matrimonio igualitario. A pesar de la existencia de esta opinión, otros estados miembros a la CADH han utilizado sus distintos procesos legales domésticos para legalizar el matrimonio igualitario; por ejemplo, Chile logró legalizó el matrimonio igualitario en el 2021 a través de un proceso legislativo intern. Sin embargo, durante el proceso de legalización, Chile acudió a la Corte IDH para actuar como un agente mediador en su proceso interno⁴¹.

³⁶ Traducción del inglés, "hard law": esta indica obligaciones legales vinculantes que se pueden hacer cumplir ante un tribunal. Opuesto a "soft law", que indica un instrumento semi-jurídico que usualmente no tiene ninguna fuerza vinculante.

³⁷ MALEC, Andrew. Expanding International LGBTQ Rights: International Human Rights Law, Equal Protection, and Freedom of Expression. **Michigan State International Law Review**, East Lansing, vol. 29, 2021, p. 77.

³⁸ MALEC, Andrew. Expanding International LGBTQ Rights: International Human Rights Law, Equal Protection, and Freedom of Expression. East Lansing: Michigan State International Law Review, vol. 29, p. 83.

³⁹ HERMANN, Donald H.J. Extending the Fundamental Right of Marriage to Same-Sex Couples: The United States Supreme Court Decision in Obergefell v. Hodges. **Indiana Law Review**, Indianapolis, vol. 49, n. 2, 2016, p. 395.

⁴⁰ CONTESSE, Jorge. The Rule of Advice in International Human Rights Law. **American Journal of International Law**, Cambridge, vol. 115, p. 367-408, abr. 2021. p. 382.

⁴¹ LEÓN BURGOS, Gabriela Paulina; PAREDES MIRANDA, David Santiago; MORA VERDEZOTO, Mónica Isabel; HURATDO LOMAS, Carlos Ramiro. Matrimonio Igualitario Como Mecanismo de Protección de los Derechos

Podría decirse que la incorporación de los derechos LGBTQ+ por parte de la Corte IDH a su sistema de derechos existente ha proporcionado un marco legal en el que estados pueden confiar para instituir estos “nuevos” derechos. En esta sección, detallaré brevemente cómo el Sistema Interamericano ha proporcionado un medio para que el sistema de derechos humanos y fundamentales desarrolle el carácter evolutivo de estos derechos. De esta manera, los estados pueden acudir al sistema internacional para reforzar sus propios sistemas de protección de derechos, a través de la jurisprudencia internacional o a través del mecanismo de mediación de la Corte. Esta sección investigará brevemente el rol de la Corte IDH al utilizar el derecho de la “igualdad ante la ley” (artículo 24 CADH), para abrir un camino para la legalización nacional del matrimonio igualitario.

Este análisis permite identificar dos vías legales para hacer cumplir estos derechos en desarrollo: a través de enfoques constitucionales y legislativos. El estado de Ecuador se utilizará como estudio de caso de la vía constitucional; mediante la cual el estado, a través de una corte constitucional, hace cumplir un estándar más generoso de derechos humanos según lo dispuesto por la Corte IDH. El estado de Chile será utilizado como ejemplo de un enfoque legislativo, mediante el cual la Corte IDH funciona como un actor mediador en el proceso de instituir nuevos estándares normativos en el ámbito intern.

5.2. DESARROLLO A TRAVÉS DE UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Luego de la publicación de la opinión OC-24/17, Ecuador legalizó el matrimonio igualitario en el 2019 mediante un fallo de la corte constitucional⁴². Esta opinión tuvo un carácter vinculante, ya que Ecuador tiene una obligación constitucional desde el 2008 para respetar *cualquier* decisión de la Corte IDH, así consagrado en los artículos 11(2)(3) (la igualdad como derecho de aplicación inmediata y directa) y el artículo 426 de la Constitución (sobre la facultad de la constitución para hacer cumplir tales decisiones)⁴³. En conjunto, estos artículos forman una obligación a asegurarse que la legislación ecuatoriana no contradiga en razonamiento de la Corte IDH, independientemente de si el estado está directamente sujeto a tal decisión⁴⁴.

de la Comunidad LGBTI. **Revista Universidad y Sociedad**, Cienfuegos, vol. 15, n. 4, p. 202-209, feb./ago. 2022. p. 207.

⁴² SALAZAR MARIN, Daniel; COBO ORDÓÑEZ, Ana Isabel; CRUZ GARCÍA, Camila; GUEVARA RUALES, Mateo; MESÍAS VELA, María Paula. La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. **Foro: Revista de Derecho**, Quito, vol. 32, n. 1, p. 124- 143, jun./dec. 2019. p. 123.

⁴³ YUQUILEMA MIRANDA, Blanca Viviana. **La constitución de la república del ecuador y el matrimonio igualitario**. Chimbolazo, 2021. Tesis en Licenciatura Derecho - Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Chimbolazo. p. 3.

⁴⁴ SALAZAR MARIN, Daniel; COBO ORDÓÑEZ, Ana Isabel; CRUZ GARCÍA, Camila; GUEVARA RUALES, Mateo; MESÍAS VELA, María Paula. La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. **Foro: Revista de Derecho**, Quito, vol. 32, n. 1, p. 124- 143, jun./dec. 2019. p. 123.

En esta instancia, el artículo 11 (3) se basa en la supremacía de la constitución según lo estipulado su propio artículo 424 para establecer la supremacía de los derechos humanos⁴⁵. En este contexto, el estado ecuatoriano debe “[...] permitir o prohibir cualquier tipo de conducta [existente] que sea parte de los deberes y desempeño del estado [...]” con el intento de proteger el bienestar y los intereses de la sociedad⁴⁶. Esta posición se refleja asimismo en el artículo 426 de la Constitución, que ordena que cualquier autoridad gubernamental debe aplicar las normas internacionales de derechos humanos cuando ofrezcan circunstancias *más favorables* que las ofrecidas en la constitución⁴⁷. Desde un punto de vista de derecho procesal, la supremacía de la constitución indica así que, si una norma constitucional está en contradicción u ofrece un estándar inferior al de los derechos previstos por la Corte IDH, sólo el tribunal constitucional puede deliberar sobre ella⁴⁸.

Dentro de este contexto, aunque la opinión OC-24/17 sea de carácter consultivo, aún imponía una obligación internacional para Ecuador de incorporarla. No obstante, es necesario remarcar que la discusión sobre los derechos LGBTQ+ no era en el 2017 del todo ajena al ordenamiento jurídico ecuatoriano: el artículo 11 (2) de la Constitución ya reconoce el estatus minoritario de este grupo y destaca la necesidad de asumir obligaciones positivas para garantizar su protección. Por lo tanto, el hecho de que la Corte IDH haya declarado que el artículo 24 CADH cubre los derechos matrimoniales en conjunto con las obligaciones nacionales en Ecuador según los artículos 11 (2) (3) y 426 de tomar cualquier medida adicional necesaria para asegurar la igualdad de los grupos minoritarios, solidifica la existencia de una obligación tanto internacional como nacional de legalizar el matrimonio igualitario⁴⁹.

Ante la existencia de esta obligación interna, se interpuso un caso constitucional (n° 11-18-CN/19) que resultó en la legalización del matrimonio igualitario⁵⁰. Esta

⁴⁵ YUQUILEMA MIRANDA, Blanca Viviana. **La constitución de la república del ecuador y el matrimonio igualitario**. Chimbolazo, 2021. Tesis en Licenciatura Derecho - Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Chimbolazo. p. 20.

⁴⁶ FIERRO-VEGA, Johana Alexia. Análisis constitucional de la figura del matrimonio igualitario dentro del estado ecuatoriano. **Polvo del Conocimiento**, Manabí, vol. 7, n.2, 2022, p. 797.

⁴⁷ YUQUILEMA MIRANDA, Blanca Viviana. **La constitución de la república del ecuador y el matrimonio igualitario**. Chimbolazo, 2021. Tesis en Licenciatura Derecho - Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Chimbolazo. p. 5.

⁴⁸ BENAVIDES ORDOÑES, Jorge; ESCUDERO SOLIZ, Jhoel. Control Concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador. **Revista Derecho de Estado**, vol. 47, n.1, 2020, p. 149.

BENAVIDES ORDOÑES, Jorge; ESCUDERO SOLIZ, Jhoel. Control Concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador. **Revista Derecho de Estado**, vol. 47, n.1, 2020, p. 148.

⁴⁹ BENAVIDES ORDOÑES, Jorge; ESCUDERO SOLIZ, Jhoel. Control Concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador. **Revista Derecho de Estado**, vol. 47, n. 1, 2020, p. 800.

⁵⁰ YUQUILEMA MIRANDA, Blanca Viviana. **La constitución de la república del ecuador y el matrimonio igualitario**. Chimbolazo, 2021. Tesis en Licenciatura Derecho - Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Chimbolazo. p. 18.

decisión abordó el conflictivo artículo constitucional 67 (el matrimonio debe ser entre un hombre y una mujer) a la luz de la decisión de la Corte IDH en conjunto con la opinión OC-24/17⁵¹. En su sentencia, la corte constitucional argumentó que el estado tenía tres obligaciones internacionales: 1) suprimir cualquier norma contraria a la CADH, 2) interpretar las leyes nacionales para que sean conformes al derecho internacional de los derechos humanos, 3) y adaptar las prácticas del Estado en consecuencia⁵². Por este razonamiento, la Corte Constitucional ecuatoriana decidió que el estándar normativo dispuesto por la OC-24/17 proporcionaba un mayor nivel de cumplimiento de los derechos humanos, y afirmó que se aplicaban los 3 criterios anteriores.

En esta instancia, cabe preguntarse *por qué* la Corte Constitucional ecuatoriana adoptó la OC-24/17 a pesar de su carácter consultivo. La corte constitucional abordó estas preocupaciones: en primer lugar, según el artículo 64 de la CADH, todos los estados miembros y organismos interesados deben reconocer esta nueva interpretación si quieren cumplir con la convención; en segundo lugar, la corte constitucional concluyó que los criterios presentados en la opinión consultiva cumplían con los criterios de “control de convencionalidad” utilizados para garantizar estándares apropiados de derechos humanos⁵³. En este caso, la rápida adopción de la opinión OC-24/17 por parte de Ecuador se produjo a través de una vía constitucional, por la cual el estado estaba obligado por obligaciones internas de incorporar los nuevos derechos desarrollados por la Corte IDH.

5.3. Desarrollo a Través de un Enfoque Legislativo

Para Chile, el esfuerzo por legalizar el matrimonio igualitario existió mucho antes de que se redactara una propuesta para la opinión OC-24/17, que involucró la participación de una Organización No-Gubernamental (ONG), la Corte IDH, varios gobiernos chilenos y muchos intentos legislativos fallidos⁵⁴. El primer intento oficial de legalizar el matrimonio igualitario fue en 2008 mediante una propuesta parlamentaria fallida⁵⁵. Esta iniciativa intentó cambiar el artículo 102 del Código Civil, el cual establecía

⁵¹ ECUADOR Constitución de la República de Ecuador, 2008, art. 11(2), art. 11(3), art. 424, art. 426.

⁵² ECUADOR. Sentencia de la Consulta de Constitucionalidad de la Norman. 11-18-CN/19, Corte Constitucional de Ecuador (2019) p. 47.

⁵³ ECUADOR. Sentencia de la Consulta de Constitucionalidad de la Norman. 11-18-CN/19, Corte Constitucional de Ecuador (2019) p. 59.

⁵⁴ ÁLVAREZ FUENTES, Mario; MUÑOZ ARIAS, Camilo. Provocando el cambio cultural: La estrategia comunicacional de las ONG para empujar el matrimonio igualitario en Chile. **Fundación Dialnet**, vol. 48, n. 1, p. 135-157, abr. 2022, p. 137.

⁵⁵ MORÁN, Raphael. Chile Legalizes Marriage for Couples of the Same-Sex. **Radio France Internationale**, Paris, 08 dic. 2021. Disponible en: <https://www.rfi.fr/es/am%C3%A9ricas/20211208-chile-legaliza-el-matrimonio-para-personas-de-mismo-sexo>.

que el matrimonio era únicamente entre un hombre y una mujer⁵⁶. La propuesta fue impulsada por dos ONG: la Federación Chilena de la Diversidad Sexual (Fedisech) y el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MovilH)⁵⁷. MovilH estuvo especialmente activo, haciendo campaña y presionando políticamente a los diputados para que aprobaran un Pacto de Uniones Cívicas (PUC) para asegurar un régimen patrimonial entre parejas del mismo sexo⁵⁸.

Cuatro años después, MovilH presentó una denuncia contra el estado de Chile ante la Corte IDH. El solicitante alegó que Chile había violado los artículos 1.1, 2, 12, 17 y 24 CADH al no proporcionar suficientes instrumentos legales para la protección contra la discriminación de los grupos LGBTQ+⁵⁹. Antes de que el caso pudiera llegar a los tribunales, ambas partes expresaron su interés en entablar conversaciones para encontrar una solución amistosa según el art. 48 (1)(f) CADH⁶⁰. Con la Corte IDH encabezando la discusión, el estado de Chile y MovilH acordaron que Chile iniciaría un procedimiento legislativo para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo dentro del primer semestre de 2017⁶¹. Antes de cumplir con el plazo de 2017, la ley PUC fue aprobada por el órgano legislativo en 2015 a través de la Ley 20830, que aprobó el proyecto legal para hacer posibles sólo las *uniones civiles*⁶².

Pasado el plazo acordado de 2017, y además de la creciente presión popular y la Corte IDH exigiendo un informe de progreso, el Congreso chileno aprobó la Ley 21400 en su publicación del Diario Oficial con vigencia a partir del 9 de diciembre de 2021.⁶³ La ley dictaba que todas las referencias en el Código Civil que regula el matrimonio cambiarán los términos “hombre y mujer” por “cónyuge”⁶⁴. Así, Chile legalizó el matrimonio entre personas igualitario a través de un proceso legislativo en el que la Corte IDH actuó

⁵⁶ EL MOSTRADOR. **Ley de matrimonio homosexual ingresa a tramitación parlamentaria**. Santiago: El Mostrador Chile, 19 March 2008, disponible In: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2008/03/19/ley-de-matrimonio-homosexual-ingresa-a-tramitacion-parlamentaria/>.

⁵⁷ EL MOSTRADOR. **Ley de matrimonio homosexual ingresa a tramitación parlamentaria**. Santiago: El Mostrador Chile, 19 March 2008, disponible In: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2008/03/19/ley-de-matrimonio-homosexual-ingresa-a-tramitacion-parlamentaria/>.

⁵⁸ VILLAROEL ZAÑARATU, José Ignacio; VÁSQUEZ TERÁN, Nicolás. **Del matrimonio igualitario en Chile: Discusión, Evolución, y Regulación en Chile y el Extranjero**. Providencia, 2016, 66 p. Tesis (Licenciado) – Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Finis Terrae, p. 15.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Acuerdo de Solución Amistosa, Caso P-946-12 (2016), p. 1.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 48 (1)(f), 49.

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Acuerdo de Solución Amistosa, Caso P-946-12 (2016) p. 2.

⁶² CHILE. Ministerio Secretaría General del Gobierno de Chile: Ley 20830: Creación del Acuerdo de Unión Civil (2015) art. 5.

⁶³ CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile: Ley 21400: Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad y en condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo (2021) art. 1 (a).

⁶⁴ CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile: Ley 21400: Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad y en condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo (2021) art. 1 (a).

como agente intermediario. Sin embargo, cabe señalar que, si no hubiera sido por la acción interna del MovilH contra Chile en la Corte IDH, no se podría ejercer presión externa desde la norma internacional para “acelerar” el proceso y asegurar el compromiso legal⁶⁵. Si bien este acuerdo llegó antes de la OC-24/17, su publicación en 2017 agregó presión adicional sobre Chile para que cumpliera su acuerdo bajo las obligaciones internacionales actuales de derechos humanos.

Por lo tanto, Chile tiene un camino legislativo durando una década entera que superar para legalizar el matrimonio igualitario. Si bien hubo importantes elementos internacionales, los principales actores en la realización del proceso fueron principalmente nacionales: las ONG chilenas MovilH y Fedisech, que lograron introducir el debate en el campo internacional para obtener el apoyo necesario para legalizar el matrimonio igualitario. Este proceso tiene un fuerte elemento democrático, ya que tiene que pasar la votación por varias cámaras del Congreso antes de convertirse en ley.

5.4. Evolución de la Interpretación de los Derechos Fundamentales

A través de estos estudios de caso, es posible argumentar que el ámbito de los derechos humanos y fundamentales existe dentro de un sistema abierto, el cual permite y reclama la evolución de sus interpretaciones. También es importante reiterar la importancia de la influencia mutua entre el derecho internacional y el derecho nacional. Tanto en el camino de Ecuador como de Chile hacia la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, la Corte IDH jugó un papel clave al brindar a los sistemas legales nacionales el apoyo necesario para ampliar sus protecciones de derechos humanos.

Es fundamental señalar que, si bien la Corte IDH proporcionó un camino legal para la legalización del matrimonio igualitario, este proceso no se llevó a cabo al margen de los intereses de los estados participantes: el estado de Costa Rica redactó la solicitud que resultó en una consulta opinión OC-24/17, y la opinión de varios estados parte a la convención influyó en la decisión de la Corte IDH⁶⁶. Específicamente en el caso de Chile, el sistema de derecho internacional presentó una apertura para participar activamente en el proceso de legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo – a través de la coordinación entre el gobierno y el pueblo. Por lo tanto, el sistema de derechos fundamentales puede acoger nuevos derechos e interpretaciones a través de la participación de sus estados parte a la convención y actores relevantes, de tal manera que el sistema reevalúe los resultados previstos de los derechos humanos que los afectan.

⁶⁵ ÁLVAREZ FUENTES, Mario; MUÑOZ ARIAS, Camilo. Provocando el cambio cultural: La estrategia comunicacional de las ONG para empujar el matrimonio igualitario en Chile. **Fundación Dialnet**, vol. 48, n. 1, p. 135-157, abr. 2022, p. 143.

⁶⁶ ÁLVAREZ FUENTES, Mario; MUÑOZ ARIAS, Camilo. Provocando el cambio cultural: La estrategia comunicacional de las ONG para empujar el matrimonio igualitario en Chile. **Fundación Dialnet**, vol. 48, n. 1, p. 135-157, abr. 2022, p. 143.

Sin embargo, este proceso constructivo de “nuevos” derechos no está exento de críticas. Al crear un nuevo estándar normativo para la protección de los derechos humanos, la Corte IDH ha sido criticada por su interpretación flexible del artículo 24 AHCR en la OC-24/17 para incorporar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Los críticos argumentan que el pronunciamiento del tribunal en OC-24/17 “crea un nuevo derecho” sin la aprobación o consentimiento de los estados constituyentes, violando el principio de *pacta sunt servanda*, ya que no tiene en cuenta a los estados involucrados⁶⁷. No obstante, si bien Carrillo-Santirelli (2018) señala que hay algunos motivos de preocupación de que la Corte IDH haya extendido su competencia, por ejemplo, señalando que la corte hizo referencia a los principios de Yogyakarta que no pueden considerarse “ley dura”. Sin embargo, el uso del derecho indicativo por parte de la corte no es indebido. En tal caso, la corte tiene derecho a referirse a principios alternativos del derecho internacional para decidir sobre su legitimación⁶⁸. Carrillo-Santirelli también es puntual al afirmar que existe la capacidad de la corte a basarse en consideraciones teóricas y filosóficas como parte de su interpretación de su propia convención⁶⁹. También es necesario mencionar que en este caso el tribunal no actuó por propia iniciativa, sino que también tuvo en cuenta las opiniones individuales de los estados signatarios a la CADH como factores que influyeron en su decisión⁷⁰.

Es cierto que las vías legales previstas por la Corte IDH en el proceso de legalización del matrimonio igualitario proporcionan un ejemplo de cómo puede evolucionar el sistema de derechos fundamentales. Tanto para Ecuador como para Chile, la Corte IDH presentó un foro para la discusión abierta de los derechos fundamentales, ya sea dando paso a una decisión constitucional o actuando como agente mediador en el proceso de garantizar la reforma legislativa. En este sentido, la existencia misma de la OC-24/17 fue consecuencia de la participación estatal en el desarrollo de los derechos humanos: el estado de Costa Rica solicitó aclaración sobre el alcance del artículo 24 CADH y su plausible aplicación al matrimonio igualitario.⁷¹ Por lo tanto, el sistema internacional de derechos humanos puede brindar apertura para el desarrollo de nuevos

⁶⁷ CASILLAS, Neydy. El quebramiento del orden jurídico Internacional de la opinión consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**, Montevideo, vol. 33, n. 1, p. 113-123, 2018. p. 121.

CARILLO-SANTARELLI, Nicolas. Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same Sex Couples. **American Journal of International Law**, Cambridge, vol. 112, 2018, p. 484.

⁶⁸ CARILLO-SANTARELLI, Nicolas. Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same Sex Couples. **American Journal of International Law**, Cambridge, vol. 112, 2018, p. 484.

⁶⁹ CARILLO-SANTARELLI, Nicolas. Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same Sex Couples. **American Journal of International Law**, Cambridge, vol. 112, 2018, p. 484.

⁷⁰ CARILLO-SANTARELLI, Nicolas. Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same Sex Couples. **American Journal of International Law**, Cambridge, vol. 112, 2018, p. 484.

⁷¹ CONTESSE, Jorge. The Rule of Advice in International Human Rights Law. **American Journal of International Law**, Cambridge, vol. 115, p. 367-408, abr. 2021. p. 382.

derechos y la evolución del sistema de derechos fundamentales, a través de un proceso participativo con sus estados parte.

6. OBSERVACIONES FINALES

En este artículo ofrecemos una base teórica para el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales e indagamos ejemplos concretos de dicho proceso comparando el reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario en Ecuador y Chile. Nuestra argumentación nos permite adelantar las siguientes observaciones finales que no representan conclusiones fijas, sino una invitación a continuar el diálogo sobre nuevos derechos.

Identificamos los derechos fundamentales como poderosos medios jurídicos para proteger y promover la dignidad humana. Por un lado, concebimos el sistema de derechos como un sistema abierto que debe evolucionar y desarrollarse para ofrecer una protección jurídica adecuada y actualizada de la dignidad humana. Por otro lado, afirmamos que la apertura debe equilibrarse con algún tipo de criterio para reconocer nuevos derechos, pues de lo contrario corremos el riesgo de diluir el significado y la fuerza jurídica y política de los derechos.

En primer lugar, investigamos las vías por las que se abre el sistema y señalamos la importancia constante de la interacción entre los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. En segundo lugar, con el objetivo de preservar el papel y la relevancia de los derechos fundamentales, desarrollamos criterios para poner a prueba nuevos derechos.

Luego de esta parte teórica, nos adentramos en el proceso de reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario en Ecuador y en Chile, apoyándonos en las decisiones y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta parte se analizan los aspectos procesales de este proceso de reconocimiento, comparando la influencia y los efectos que el derecho internacional y la Corte tuvieron en el reconocimiento del matrimonio igualitario en estos dos países.

En este punto, es importante recordar los criterios esbozados, especialmente en sus elementos sustanciales, para atar los nudos de nuestras observaciones finales. El estudio del proceso de reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario en Ecuador y Chile puso en evidencia la utilización de fuentes jurídicas internacionales vinculantes y no vinculantes, combinadas con normas nacionales, para fundamentar un nuevo derecho en los ordenamientos jurídicos internos. Este uso no conduce a una asunción vacía de preferencias o ideologías subjetivas. Tampoco recurre a un orden metafísico sobrenatural que deba guiar los ordenamientos jurídicos concretos. En este proceso encontramos una clara remisión a la dignidad humana y a cómo el reconocimiento y protección del matrimonio igualitario se entrelaza esencialmente con la

dignidad humana. El reconocimiento de este derecho en estos ordenamientos jurídicos nacionales demuestra lo importante que es la referencia a las normas internacionales, especialmente frente a contextos culturales e históricos particulares.

Es interesante observar que, incluso si se pudiera afirmar que el matrimonio igualitario daría lugar a desacuerdos morales irresolubles, las normas fundamentales del sistema de derechos, es decir, la dignidad humana y la autonomía para definir la propia dignidad, pesan a favor del reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario. Del mismo modo, podemos argumentar, utilizando los criterios expuestos anteriormente, que la libertad y la autonomía en la vida privada pesan a favor de la libertad de elegir a la propia pareja. De hecho, un nuevo derecho debería tener a su favor la idea de que la dignidad humana carecería de una protección importante si no se reconociera el derecho y ese es el caso, en nuestros ejemplos, del derecho al matrimonio igualitario. Este extracto de la OC-24/17 del Tribunal es paradigmático en este sentido:

Además, como ya se ha indicado, el Tribunal entiende que el principio de dignidad humana deriva de la plena autonomía de la persona para elegir con quién desea contraer una relación permanente y matrimonial, ya sea natural (unión de hecho) o formal (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y de su proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Asimismo, el Tribunal considera que, siempre que exista la intención de entablar una relación permanente y formar una familia, existen vínculos que merecen la igualdad de derechos y protección sea cual sea la orientación sexual de las partes (artículos 11.2 y 17). 417 Al afirmar esto, la Corte no está menoscabando la institución del matrimonio, sino que, por el contrario, considera que el matrimonio es necesario para reconocer igual dignidad a aquellas personas que pertenecen a un grupo humano que históricamente ha sido oprimido y discriminado (supra párr. 33). (OC-24/17, párr. 225) (destaques acrecidos)

Claramente, el derecho al matrimonio, formal o informal, está estrechamente vinculado a los derechos a la intimidad y a la familia (artículos 11.2 y 17 de la CADH), lo que ayuda a fundamentar la extensión de este derecho a la protección del matrimonio igualitario ya que abarca una “[...] elección libre y autónoma” que permite la dignidad de la persona para elegir a su cónyuge.⁷² Como hemos señalado anteriormente, el sistema de derechos se basa en la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos. El derecho al matrimonio igualitario refuerza otros derechos fundamentales, los hace más efectivos. Por lo tanto, la comprensión combinada de la igualdad de las parejas del

⁷² WOLFSON, Evan; TUELLER, Jessica; FROMKIN, Alissa. The Freedom to Marry in Human Rights Law Worldwide: Ending the Exclusion of Same-Sex Couples from Marriage. *Indiana International & Comparative Law Review*, Indianapolis, v. 32, n. 1, p. 1–42, 2022. p. 6.

mismo sexo a las parejas heterosexuales significa que su derecho a formar su familia en privado es un espacio que el estado debe respetar para garantizar el mantenimiento de la dignidad humana. En este sentido, la Corte IDH ofrece una interpretación del matrimonio desde la óptica de la dignidad humana, la intimidad y la igualdad ante la ley, en cuyo sentido el “derecho” al matrimonio se construye a partir del alcance conjunto de la protección de diversos derechos.

En este punto, cumple no olvidar que este derecho, cual sea el derecho al matrimonio igualitario, aunque conectado con otros derechos fundamentales, carga contenido autónomo y específico dentro del sistema de derechos. Este es un elemento esencial a favor de la constitucionalización compensatoria de este derecho, o sea su acogida en el sistema. Sin este específico derecho en el sistema de derechos el contenido autónomo que permite y protege el matrimonio igualitario no estaría salvaguardado. En otras palabras, este derecho carga una protección específica y autónoma requerida por la dignidad humana.

En esta instancia, recordamos los criterios de reconocimiento de nuevos derechos relacionados con los elementos estructurantes y los principios del sistema de derechos y del sistema constitucional; el nuevo derecho debe comprometerse con el patrimonio axiológico del estado constitucional. En nuestro ejemplo concreto, un ancla muy importante para el derecho al matrimonio igualitario puede encontrarse en el principio axial de la igualdad. Esto se menciona en los extractos anteriores y también se puede encontrar en la opinión constitucional ecuatoriana:

1) expulsar la norma del ordenamiento jurídico o suprimir cualquier norma contraria a la convención [CADH], 2) interpretar las normas de derecho interno para estar en conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos y 3) aplicar y adecuar las prácticas en el estado [...]” (Sentencia de la Consulta de Constitucionalidad de una Norma N. 11-18-CN/19 [2019], Corte Constitucional del Ecuador, p. 47). Lo que significa que una nueva interpretación de un derecho (como se menciona en la OC-24/17) ofrece una mejor interpretación de la dignidad humana y la igualdad en la OC-24/17 debe ser admitida por Ecuador. (destaques acrecidos)

No pretendemos recordar todos los criterios expuestos anteriormente, basta hacer referencia a los más llamativos en el reconocimiento concreto del derecho al matrimonio igualitario en Ecuador y Chile. Para concluir nuestras observaciones optamos por hacer hincapié en la carga argumentativa para justificar un nuevo derecho. El desarrollo de dicha argumentación puede verse en los extractos ya citados. Este último extracto es clarísimo en este sentido, afirma que el reconocimiento del derecho *ofrece una mejor interpretación de la dignidad humana y de la igualdad*. Esta es una forma poderosa de sintetizar la justificación del nuevo derecho, implica una “interpretación favorable al

derecho fundamental”, amplía el sistema de una forma necesaria para la protección y promoción de la dignidad humana.

El dictamen consultivo OC-24/17 de la Corte IDH es un ejemplo clave de la naturaleza evolutiva de los derechos humanos. Si bien la construcción de nuevos derechos es una tarea ardua, el sistema interamericano ha demostrado que este proceso debe fundarse en las bases substantivas de los derechos previamente establecidos e insertarse en las normas de los sistemas de derechos fundamentales. Es necesario señalar que este proceso constructivo, y por lo tanto evolutivo, para conseguir el derecho al matrimonio se ha logrado gracias a una comprensión generalizada de los derechos LGBTQ+. Mientras que Ecuador actuó siguiendo el consejo de un tribunal internacional, el enfoque legislativo de Chile refleja la evolución de la comprensión del matrimonio igualitario como un medio para alcanzar un mayor nivel de respeto por la dignidad humana. En este sentido, tiene mérito el proceso llevado a cabo por las ONG y los defensores chilenos, ya que consiguieron que el estado modificara sus leyes para dar cabida a un ámbito más amplio de protección de los derechos humanos.

En cualquier caso, en un mundo en el que los derechos existentes o establecidos se enfrentan a constantes amenazas, incluso a retrocesos, podría parecer que investigar y abogar por el reconocimiento de nuevos derechos sería superfluo o inapropiado. No debemos olvidar que los derechos son, como ya se ha dicho, el medio jurídico más importante para proteger y promover la dignidad humana. Esta protección y promoción sólo puede ser adecuada si se actualiza para tener en cuenta el contexto histórico en el que los derechos deben ejercerse. En realidad, los “nuevos” derechos pueden servir para reforzar la protección jurídica existente de la dignidad humana. El reconocimiento de “nuevos” derechos, como se ve en este ejemplo del matrimonio igualitario, reivindica diálogos institucionales de justificación que aclaren y desarrollen el contenido fundamental de la dignidad humana, sirviendo a su protección. La vía argumentativa del reconocimiento de nuevos derechos, parametrizada por criterios como los aquí presentados, en lugar de aumentar los peligros de una proliferación artificial de derechos, tiene muchas más probabilidades de reforzar el significado y la importancia jurídica de los derechos fundamentales.

6. REFERENCIAS

ALEX, Robert. **The argument from injustice**: a reply to legal positivism. Oxford: Oxford, 2002.

ALLAN, T. R. S. Constitutional rights and the rule of law. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 132-142.

ALSTON, Philip. Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control. **The American Journal of International Law**, 1984, vol. 78, n. 3, p. 607-21. Disponible en <https://doi.org/10.2307/2202599>.

ÁLVAREZ FUENTES, Mario; MUÑOZ ARIAS, Camilo. Provocando el cambio cultural: La estrategia comunicacional de las ONG para empujar el matrimonio igualitario en Chile. **Fundación Dial-net**, vol. 48, n. 1, p. 135-157, abr. 2022.

ATAPATTU, Sumudu. **UN Human Rights Institutions and the Environment**. 1 ed. Oxfordshire: Routledge, 2023.

BENDA, Ernst. El Estado social de derecho. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; STERN, Klaus. **Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte**; ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts. V, zweite Auflage**. Heidelberg: Müller, 2000.

BENAVIDES ORDOÑES, Jorge; ESCUDERO SOLIZ, Jhoel. Control Concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador. **Revista Derecho de Estado**, vol. 47, n.1, 2020.

BIX, Brian. H. L. A. Hart and the “Open Texture” of Language. **Law and Philosophy**. New York: Springer, vol. 10, n. 1, 1991.

BIX, Brian. Law, Language, and Legal Determinacy. **Oxford Scholarship Online**, 2012.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BRÖLMANN, Catherine; BINDER, Christina. The law of treaties before domestic courts and human rights bodies. **Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper**, N. 2017-41, Amsterdam: Amsterdam Center for International Law N. 2017-27.

CARILLO-SANTARELLI, Nicolas. Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same Sex Couples. **American Journal of International Law**, Cambridge, vol. 112, 2018.

CASILLAS, Neydy. El quebramiento del orden jurídico Internacional de la opinión consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**, Montevideo, vol. 33, n. 1, p. 113-123, 2018.

CHILE. Ministerio Secretaria General del Gobierno de Chile: Ley 20830: Creación del Acuerdo de Unión Civil (2015).

CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile: Ley 21400: Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad y en condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo (2021).

CRAIG, Paul, Formal and substantive conceptions of the Rule of Law: an analytical framework. **Public Law**, n. 3, p. 467-487, 1997.

CASSESE, Sabin. **La globalización jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

CONTESSE, Jorge. The Rule of Advice in International Human Rights Law. **American Journal of International Law**, Cambridge, vol. 115, p. 367-408, abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Acuerdo de Solución Amistosa, Caso P-946-12 (2016).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DÜWELL, Marcus; BOS, Gerhard; VAN STEENBERGEN, Naomi. **Towards the Ethics of a Green Future: The Theory and Future for Human Rights for Future People**. Oxfordshire: Routledge Publishing, 2018.

ECKES, Christina. Integrated rights protection in the European and International Context: some reflections about limits and consequences. In: GOVAERE, I., GARBEN, S. **Interfaces between European and International Law**. Oxford: Hart Publishing, Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 101-124.

ECUADOR. Constitución de la República de Ecuador (2008).

ECUADOR. Sentencia de la Consulta de Constitucionalidad de la Norman. 11-18-CN/19, Corte Constitucional de Ecuador (2019).

EL MOSTRADOR. **Ley de matrimonio homosexual ingresa a tramitación parlamentaria**. Santiago: *El Mostrador Chile*, 19 March 2008, disponible In: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2008/03/19/ley-de-matrimonio-homosexual-ingresa-a-tramitacion-parlamentaria/>.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Constitutional borrowing and non-borrowing. **International Journal of Constitutional Law**, New York, vol. 1, n. 2, p. 196-223, 2003.

GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012.

GREWE, Constance. Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. **Révue universelle des droits de l'homme**, vol. 16, n. 1-4, p. 26-32, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **The inclusion of the other: studies in political theory**. Cambridge: MIT Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. ed. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HART, Herbert L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HANNUM, Hurst. **Rescuing Human Rights: A Radically Moderate Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

HERRERA, Miguel Angel García. 2 ed. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. XLIII-LIX.

KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias. **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012.

HERMANN, Donald H.J. Extending the Fundamental Right of Marriage to Same-Sex Couples: The United States Supreme Court Decision in Obergefell v. Hodges. **Indiana Law Review**, Indianapolis, vol. 49, n. 2, 2016.

KRISCH, Nico. Global administrative law and the constitutional ambition. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford, 2012, p. 245-266.

LEGALE, Siddharta; RIBEIRO, Raísa D.; FONSECA, Priscila Silva. O aborto no sistema interamericano de direitos humanos: contribuições feministas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 103-135, jan./abr. 2022.

LEÓN BURGOS, Gabriela Paulina; PAREDES MIRANDA, David Santiago; MORA VERDEZOTO, Mónica Isabel; HURATDO LOMAS, Carlos Ramiro. Matrimonio Igualitario Como Mecanismo de Protección de los Derechos de la Comunidad LGBTI. **Revista Universidad y Sociedad**, Cienfuegos, vol. 15, n. 4, p. 202-209, feb./ago. 2022.

LEWIS, Bridget. Quality Control for New Rights in International Human Rights Law: A Case Study of the Right to a Good Environment. **Australian Yearbook of International Law**, vol. 33, n. 1, p. 55-80, 2015.

LEWIS, Bridget. Environmental Rights or a Right to the Environment?: Exploring the Nexus between Human Rights and Environmental Protection. **Macquarie Journal of Comparative and International Environmental Law**, vol. 8, n. 1, p. 36-47, 2012.

MAUS, Didier. Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles. **Revue Française de Droit Constitutionnel**, Paris, n. 80, p. 675-696, oct. 2009.

MALEC, Andrew. Expanding International LGBTQ Rights: International Human Rights Law, Equal Protection, and Freedom of Expression. **Michigan State International Law Review**, East Lansing, vol. 29, 2021.

MORÁN, Raphael. Chile Legalizes Marriage for Couples of the Same-Sex. **Radio France Internationale**, Paris, 08 dic. 2021. Disponível em: <https://www.rfi.fr/es/am%C3%A9ricas/20211208-chile-legaliza-el-matrimonio-para-personas-de-mismo-sexo>.

NETTO, Luísa Cristina Pinto. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional**. Curitiba: Íthala, 2016.

NETTO, Luísa Cristina Pinto. Criteria to scrutinize new rights: protecting rights against artificial proliferation. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 11-75, 2021.

NOLKAEMPER, Andre. Conversations Among Courts: Domestic and International Adjudicators. In: ALTER, Karin, ROMANO, Cesare, SHANY, Yuval. **Handbook of International Adjudication** (OUP 2013, Forthcoming), Amsterdam: Amsterdam Law School Research Paper N. 2013-30, Amsterdam Center for International Law N. 2013-08. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2270565> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2270565>.

PAISES BAJOS. Nederlandse Grondwet (Constitución de los Países Bajos) (2002).

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9.ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, vol. 19, p. 579-610, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. In: CAVINO, Massimo (a cura di). **Esperienze di diritto vivente: la giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo: Italia, Francia, Belgio, Germania, Spagna, Portogallo, Brasile, Argentina, Colombia**. Milano: Giuffrè, 2009. vol.1, p. 279-312.

PULIDO, Carlos Bernal. Estudio introductorio. In: ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 122-124.

SALAZAR MARIN, Daniel; COBO ORDÓÑEZ, Ana Isabel; CRUZ GARCÍA, Camila; GUEVARA RUALES, Mateo; MESÍAS VELA, María Paula. La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador. **Foro: Revista de Derecho**, Quito, vol. 32, n. 1, p. 124- 143, jun./dec. 2019.

SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. In: KLATT, Matthias. **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford, 2012, p. 307-316.

SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin Debate: A short guide for the perplexed**. New Haven: Yale University Law School, 2007. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>.

STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). **Handbuch des Staats Rechts. V, zweite Auflage**. Heidelberg: Müller, 2000.

TASIOULAS, John. Are Human Rights Taking Over The Space Once Occupied By Politics? **The NewStatesman**, 2019. Disponible en: <https://www.newstatesman.com/politics/2019/08/are-human-rights-taking-over-the-space-once-occupied-by-politics-2>.

TASIOULAS, John. The Rule of Law. In: TASIOULAS, John (ed.). **The Cambridge Companion to the Philosophy of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 117-134.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalization. Oxford: Oxford, 2012.

VENZKE, Ingo. Understanding the authority of international courts and tribunals: on delegation and discursive construction. **Theoretical Inquiries in Law**, Tel Aviv, vol. 14, n. 2, p. 381-409, 2013.

VENZKE, Ingo, Authoritative Interpretation. In: **Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law**; Amsterdam Law School Research Paper N. 2018-28; Amsterdam Center for International Law N. 2018-10. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3264566>

VENZKE, Ingo. The Practice of Interpretation in International Law: Strategies of Critique (September 10, 2018). In: DUNOFF, Jeff; POLLAK, M.A. **International Legal Theory**: Foundations and Frontiers. Amsterdam: Amsterdam Law School Research Paper N. 2018-22; Amsterdam Center for International Law N. 2018-07. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3247125>.

VILLAROEL ZAÑARATU, José Ignacio; VÁSQUEZ TERÁN, Nicolás. **Del matrimonio igualitario en Chile: Discusión, Evolución, y Regulación en Chile y el Extranjero**. Providencia, 2016. 66 p. Tesis (Licenciado) – Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Finis Terrae.

VOERMANS, Wim. **Het verhaal van de grondwet**: zoeken naar wij. Amsterdam: Prometheus, 2019, p. 232-233.

WOLFSON, Evan; TUELLER, Jessica; FROMKIN, Alissa. The Freedom to Marry in Human Rights Law Worldwide: Ending the Exclusion of Same-Sex Couples from Marriage. **Indiana International & Comparative Law Review**, Indianapolis, v. 32, n. 1, p. 1-42, 2022.

YUQUILEMA MIRANDA, Blanca Viviana. **La constitución de la república del ecuador y el matrimonio igualitario**. Chimbolazo, 2021. Tesis en Licenciatura Derecho - Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Chimbolazo.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS
ADDITIONAL INFORMATION

Editores responsáveis	
Editor-chefe	Daniel Wunder Hachem
Editor-adjunto	Luzardo Faria