

# LAS DECISIONES JUDICIALES COMO FUENTE JURÍDICA PRINCIPAL PARA LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS POR PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

---

**Gabriela García Escobar**

Universidad Panamericana

gabgarcia@up.edu.mx

<https://orcid.org/0000-0002-7030-9543>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.gar>

**Recibido:** 08/04/2025

**Aceptado:** 17/07/2025

## Resumen

Este artículo analiza el uso de decisiones judiciales (nacionales e internacionales) como fuente jurídica principal por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para la creación de nuevos derechos, específicamente en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo. Conforme a la teoría clásica de las fuentes del derecho internacional público, las decisiones judiciales son medios auxiliares para la determinación de la interpretación de tratados o para la configuración de la costumbre internacional. Sin embargo, hay una tendencia hacia el uso de decisiones judiciales como fuentes autónomas. Este enfoque es criticado porque alienta un uso selectivo y parcial de estas y coloca en segundo plano –o incluso contradice– lo adoptado por medio de las fuentes jurídicas clásicas (tratados y costumbre), como ha sucedido en la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Procediendo de esta forma, la Corte IDH determinó que existe la obligación de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Su argumentación se basó en el uso selectivo de sentencias de cortes nacionales e internacionales que no evidencian un claro patrón para configurar costumbre internacional y que, en algunos casos, contradicen lo que la propia Corte IDH desea sustentar invocando estos instrumentos como fundamento jurídico de sus conclusiones.

**Palabras clave:** fuentes del derecho internacional, decisiones judiciales, jurisprudencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, costumbre internacional.

# Judicial Decisions as the Main Legal Source for the Creation of New Rights by the Inter-American Court of Human Rights

## Abstract

This article analyzes the use of judicial decisions (national and international) as a principal legal source by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) for the creation of new rights, specifically in relation to same-sex marriage. According to the classical theory of the sources of Public International Law, judicial decisions are auxiliary means for the determination of the interpretation of treaties or for the configuration of international custom. However, there is a tendency towards the use of judicial decisions as autonomous sources. This approach is criticized because it encourages a selective and partial use of them, and places in the background or even contradicts what has been adopted through classical legal sources (treaties and custom), as has happened in Advisory Opinion 24/17 of the IACtHR Court. Proceeding in this way, the IACtHR Court determined that there is an obligation to legalize same-sex marriage. Its argumentation was based on the selective use of rulings of national and international courts that do not evidence a clear pattern to configure international custom, and that in some cases, contradict what the IACtHR Court itself wishes to support by invoking these instruments as the legal basis for its conclusions.

**Key words:** sources of international law, judicial decisions, jurisprudence, Inter-American Court of Human Rights, international custom.

## 1. Introducción

A pesar de que la característica más sobresaliente de las normas internacionales de derechos humanos es su universalidad, la determinación del contenido y alcances de estos es un tema disputado, incluso entre los diversos mecanismos de protección de derechos humanos que se han desarrollado en el derecho internacional. A este fenómeno se lo conoce como la fragmentación del derecho internacional (Pauwelyn, 2006, pp. 1-12; Webb, 2013, pp. 1-10), en este caso, dentro del régimen del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) (Abrusci, 2022, pp. 11-94; Ajevski, 2014, pp. 87-98).

Un ejemplo sobresaliente es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, donde, por un lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) postuló en su Opinión Consultiva 24/17 (OC-24/17) que existe una obligación internacional de legalizar esta figura,<sup>1</sup> mientras que, por su par-

---

1 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17

te, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en diversos casos ha determinado que no existe una obligación en tal sentido.<sup>2</sup>

Esta divergencia de criterios podría tener su origen en una regulación distinta, respecto de la protección de la familia y el matrimonio, en la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), pero este no es el caso. Aunque el artículo 17 de la CADH establece el deber del Estado de proteger a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, mientras que los artículos 5 y 12 del CEDH no contemplan esta obligación, ambos tratados reconocen “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas”<sup>3</sup> y que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para la protección de los hijos.<sup>4</sup>

Desde otra perspectiva, se podría pensar que la diferencia de pronunciamientos no se trata de una cuestión de contradicciones, sino que se funda en los diferentes métodos interpretativos que han utilizado los diversos mecanismos. Este argumento es parcialmente cierto, pero omite analizar la raíz de esta discrepancia de interpretaciones, cuyo fundamento se encuentra en el uso de las fuentes por parte de cada mecanismo, ya que las fuentes jurídicas son de donde emanan las argumentaciones e interpretaciones adoptadas.

La argumentación, en el sentido que sea, requiere de una base jurídica para encontrar un fundamento que no sea *ex nihilo* y que le permita desarrollar un argumento persuasivo que no sea considerado como arbitrario o como el mero reflejo del capricho o las preferencias personales del juez (Zambrano, 2024, pp. 88-105). En el caso de cortes internacionales, como lo son la Corte IDH y el TEDH, se refiere al uso de las fuentes que establece el derecho internacional público (DIP). Estas fuentes, bajo la doctrina clásica consagrada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) (Fitzmaurice, 2018, pp. 179-200; Thirlway, 2019, pp. 8-12), se refieren a los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derechos y, además, las decisiones judiciales y la doctrina como medios auxiliares.

de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

2 TEDH, *Fedotova y otros vs. Rusia*, núm. 40792/10, 17/01/2023; y *Schalk y Kopf vs. Austria*, núm. 30141/04, 22/11/2010.

3 Artículo 17 de la CADH. El artículo 12 del CEDH establece: “A partir de la edad nubil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

4 Artículo 5 del CEDH y artículo 17.4 de la CADH.

Respecto al uso de fuentes por parte de la Corte IDH, este tribunal se ha caracterizado por recurrir, primeramente, a la CADH, pero también por hacer un escaso uso de normas consuetudinarias (en algunos casos, negando explícitamente la necesidad de basar sus razonamientos en esta fuente formal del DIP)<sup>5</sup> y por un variado uso de decisiones judiciales (tanto de cortes nacionales como internacionales) (Neuman, 2008, pp. 175-218). Además, la Corte IDH suele emplear diversos instrumentos de *soft law* (e.g., opiniones del Comité de Derechos Humanos o reportes de relatores especiales del Consejo de Derechos Humanos) (Carozza, 2015, pp. 155-163; Malarino, 2012; Neuman, 2008, pp. 175-218) e incluso reportes de organizaciones no gubernamentales (ONG), cuyo valor normativo en el DIP es disputado (Abbott y Snidal, 2000, pp. 421-456).

Considerando esta situación, este artículo analizará el uso de decisiones judiciales como fuente formal para la creación de nuevos derechos por parte de la Corte IDH, en concreto, en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo conforme a lo estipulado en la OC-24/17. Al respecto, se contrastará el uso que hace la Corte IDH de decisiones judiciales como fuentes autónomas o principales, con su valor normativo auxiliar, como postula la doctrina clásica de las fuentes del DIP.

A partir de este análisis, se revelará que la Corte IDH hace un uso parcial y selectivo de decisiones judiciales de cortes nacionales e internacionales que, en muchos casos, contradicen lo que la propia Corte IDH pretende sustentar. Además, se constatará que, a falta de consenso internacional, hace un uso generoso de diversos instrumentos de *soft law* como fuente autónoma o principal, mientras que las fuentes clásicas (tratados y costumbre) asumen un papel secundario (o hasta inexistente). En algunos aspectos, la Corte IDH llega al punto de privilegiar el uso de decisiones judiciales de un escaso número de cortes nacionales e instrumentos de *soft law* por encima y en contradicción con la costumbre regional e internacional. El artículo concluye con algunas interrogantes respecto del uso y manejo de las fuentes jurídicas por parte de la Corte IDH que repercute directamente en la legitimidad de sus sentencias y su carácter persuasivo.

---

5 En más de una ocasión, la Corte IDH ha afirmado que “la falta de un consenso al interior de algunos países” respecto de la interpretación de un determinado derecho humano o la creación de uno nuevo “no puede ser considerado como un argumento válido” que le impida a la Corte adoptar una posición que no tiene sustento en la costumbre internacional. Ver Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 83; *Atala Riff y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 92.

## 2. Las teorías sobre las fuentes del DIP

Las fuentes del derecho se encuentran en el corazón de cada sistema jurídico (Shaw, 2021, pp. 51-95) y tienen como objetivo fundamentar la autoridad y legitimidad de los intérpretes del derecho, que, en el caso que nos concierne, se refiere a la autoridad y legitimidad de la Corte IDH. Cuando el razonamiento de un tribunal no se basa en una fuente jurídica, da la impresión de que el derecho o la obligación alegada simplemente no existe y que la decisión es arbitraria (Thirlway, 2019, p. 7). Por ello, las fuentes del derecho tienen más que ver con el origen de la norma que con su deseabilidad (p. 26).

Tradicionalmente, las fuentes del DIP se encuentran establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ (Thirlway, 2019, pp. 9-10). Éstas consisten en las fuentes formales, que son la costumbre internacional, tratados internacionales y principios generales de derecho. Como fuentes auxiliares, se enlistan las decisiones judiciales y la doctrina.

Existe un debate en la literatura sobre si la lista de fuentes antes mencionada es exhaustiva o enunciativa, por lo que se han desarrollado diferentes teorías (Besson, 2010; Bianchi, 2013). Por un lado, se pueden identificar las posturas tradicionales o formalistas, que siguen la doctrina clásica (D'Aspremont, 2011a, pp. 12-82). Por otro lado, están las perspectivas que pugnan por un esquema más flexible o *desformalizado* del DIP (D'Aspremont, 2011b), considerando como fuentes formales o autónomas del derecho a diversos instrumentos de *soft law* (D'Aspremont, 2011a, cap. 1; García Salmones Revira, 2018). Esta última postura se encuentra particularmente arraigada en el sector de los derechos humanos (McGrogan, 2014, pp. 347-350), donde este proceso de *desformalización* tiene su auge (Pellet, 2001).

A efectos de este artículo, se asumirá una perspectiva clásica o formalista sobre la teoría de las fuentes, debido a que las perspectivas no formalistas o anti-formalistas, aunque han acertado en algunas de sus críticas (Gaeta et al., 2020, p. 201), no han logrado plantear una teoría clara y coherente con los principios que rigen el funcionamiento del DIP. A pesar de ello, no deja de ser pertinente realizar algunas acotaciones respecto al papel que juega el denominado *soft law* como posible fuente jurídica de reciente creación.

Aunque no existe acuerdo unánime sobre la definición en sí de *soft law* (D'Aspremont y AAlberts, 2012), a grandes rasgos se trata de un concepto paraguas para aglutinar todos los documentos emitidos por canales internacionales (resoluciones, recomendaciones, observaciones generales, informes, etc.) que son de carácter no vinculante (Gaeta et al., 2020, p. 201).

Algunos autores señalan que el *soft law* implica un acuerdo político que, aunque no es vinculante, tiene la pretensión de convertirse en *hard law* y, por ello, adquiriría valor normativo como fuente del derecho (Chinkin, 2010, p. 120; Shelton, 2008). Sin embargo, esta afirmación no es exacta. Primero, porque no hay un acuerdo sobre qué instrumentos conforman o no la categoría de *soft law* (por ejemplo, no está claro si un reporte emitido por una organización no gubernamental entraría en esta categoría) (Thirlway, 2019, p. 187). En segundo lugar, no todo instrumento de *soft law* es concebido con la intención de que se convierta en *hard law* (D'Aspremont, 2008, p. 1081).

Además, no todos los instrumentos de *soft law* tienen el mismo valor normativo, sino que puede variar según las circunstancias de su adopción y el lenguaje utilizado (Abbott y Snidal, 2000, pp. 421-456), ya que no es lo mismo una resolución de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) adoptada por consenso que el reporte que emiten los miembros de una organización de la sociedad civil.

Algunos autores han estudiado este fenómeno desde la perspectiva del desarrollo jurisprudencial de los derechos humanos y han elaborado propuestas doctrinales para su ordenación (De Casas, 2025; Ratti Medeña, 2021). Sin embargo, no se ha consolidado una teoría aceptada por la comunidad internacional que explique el alcance normativo de una categoría que congrega un conjunto de instrumentos muy heterogéneos que pueden usarse de manera parcial y selectiva (Abrusci, 2022; Bernal Pulido, 2021, pp. 1215-1216) o incluso en contravención de normas consuetudinarias o convencionales sin la posibilidad de proveer un argumento ante estos planteamientos.

### **3. Naturaleza jurídica de las decisiones judiciales en el DIP**

Partiendo de la teoría clásica o formalista, las decisiones judiciales son enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ como un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho” y sujetas a lo dispuesto en el artículo 59 del mismo Estatuto, que establece: “[L]a decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

Aunque el artículo 38 no lo establece, por “decisión judicial” se han entendido las decisiones tanto de tribunales nacionales como internacionales (Thirlway, 2019, pp. 134-143). La parte relevante de estas decisiones es el razonamiento en el que se basa la decisión de la corte en cuestión (*ratio decidendi*) (Jennings, 1996, pp. 1-12; Thirlway, 2019, p. 135), por lo que el contexto o

cualquier otro planteamiento que se desarrolle en el texto puede constituir un argumento con mayor o menor fuerza persuasiva, pero no es considerado como fuente a efectos del artículo 38 (Bing Bing, 2001, pp. 77-85).

En lo que respecta a las decisiones de tribunales internacionales, se debe explicar el funcionamiento y naturaleza del DIP. Este sistema es distinto de los ordenamientos jurídicos nacionales, ya que no existe un órgano legislativo ni un sistema judicial propiamente dicho.

Aunque la CIJ tiene un papel esencial por ser el principal órgano judicial del sistema de la ONU<sup>6</sup> y el único con jurisdicción general, no existe una jerarquía entre tribunales internacionales (Alter, 2014, pp. 3-31; Shany, 2004, pp. 29-74). Asimismo, no hay una doctrina del precedente judicial como tal, ya que generalmente los fallos de cortes internacionales no son obligatorios ni para la corte que lo emitió ni para otras (Gardner, 1935, pp. 251-259; Guillaume, 2011, pp. 5-23).

Al respecto, el artículo 68 de la CADH (similar al artículo 59 del Estatuto de la CIJ) expresamente establece que las decisiones judiciales únicamente son vinculantes para las partes en el caso concreto.<sup>7</sup> Esto implica, como señala Dinah Shelton (2008, pp. 64-77), que las decisiones judiciales serán consideradas como vinculantes (*hard law*) únicamente para las partes en el caso en concreto, mientras que para el resto de los Estados tendrían el valor de *soft law*.

Al respecto, habría que precisar que, a efectos de certeza jurídica, las cortes internacionales, en especial la CIJ, suelen dar continuidad a su línea jurisprudencial (Shahabuddeen, 2010, p. 128), salvo que exista una razón que justifique adoptar un razonamiento distinto. Sin embargo, en el caso de la Corte IDH, el uso de sus precedentes es confuso y parcial (Suárez Osma, 2015, pp. 15-27) debido a que no es coherente con las normas del *stare decisis*, por lo que la Corte IDH hace un uso indiscriminado de sus precedentes sin distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* (Zavala Achurra, 2020).

Además, aunque no es un tema objeto de análisis en este artículo, cabe aclarar que la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencialmente la doctrina del “control de convencionalidad”, la cual implica, según la Corte IDH, que

6 El artículo 92 de la Carta de la ONU establece: “La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta”.

7 Art. 68 de la CADH: “Los Estado Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

sus interpretaciones emitidas (tanto en casos contenciosos como en opiniones consultivas) son vinculantes para todos los Estados parte de la CADH (Tello Mendoza, 2023, cap. 1). Sin embargo, la legitimidad y la legalidad del control de convencionalidad son cuestionables en el marco de las funciones otorgadas a la Corte IDH (Contesse, 2017; Malarino, 2012; Silva Abbott, 2018) y de su naturaleza jurídica como tribunal internacional, cuyo mandato está inscrito y opera conforme a la estructura y principios normativos del DIP (Silva Abbott y Castaldi, 2016).

### **3.1 Las decisiones judiciales como medio auxiliar para la determinación del derecho**

Como especifica el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, las decisiones judiciales son “medios auxiliares” para la determinación del derecho (*subsidiary means for the determination of rules of law*, en su versión en inglés, o *moyen auxiliaire de détermination des règles de droit*, en su versión francesa). El adjetivo “auxiliares” significa que no constituyen fuentes autónomas o independientes, porque un juez nunca afirma “esto es derecho, porque yo lo digo”, sino que declara como derecho lo que ya ha sido establecido a través de una de las fuentes principales (tratados, costumbre o principios generales) (Thirlway, 2019, p. 12). En este sentido, las decisiones judiciales pueden ser un medio auxiliar o subsidiario para la determinación de la interpretación de un tratado o de una norma consuetudinaria.

#### **3.1.1 El papel de las decisiones judiciales en la interpretación de tratados internacionales**

Respecto a los tratados, hay dos formas auxiliares de utilizar las decisiones judiciales de cortes nacionales. La primera es conforme a las reglas generales de interpretación de tratados, contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), donde se establece que un tratado debe interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.<sup>8</sup> Junto con el contexto, conforme al artículo 31(3)(b), también se tomará en cuenta “toda práctica ulteriormente seguida en

---

8 El artículo 31.1 de la CVDT establece: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.<sup>9</sup> En este sentido, las decisiones judiciales de cortes nacionales pueden constituir una práctica ulterior estatal que permite orientar la interpretación de un tratado.

La segunda forma es utilizar las decisiones judiciales como “medios de interpretación complementarios”, según el artículo 32 de la CVDT. A efectos de este artículo, las decisiones judiciales pueden ayudar a determinar el sentido de una palabra o parte del tratado una vez que se agotó el proceso establecido en el artículo 31<sup>10</sup> y éste dio como resultado un sentido obscuro o ambiguo o un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Sin embargo, las operaciones bajo estas dos modalidades no son automáticas. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) emitió en 2018 un reporte sobre sus conclusiones respecto de la práctica subsecuente de los Estados en relación con la interpretación de tratados, donde indicó que, para este propósito, solo contaría las decisiones judiciales nacionales que consisten en la aplicación del tratado en cuestión (Comisión de Derecho Internacional, 2018a, pp. 20-21). Además, la CDI puntualiza que por “práctica estatal” (conforme al artículo 31(3)(b) de la CVDT) se refiere a aquella que refleja un acuerdo común entre los Estados parte del tratado y no a la postura aislada de uno o varios Estados (Comisión de Derecho Internacional, 2018a, pp. 27-33; Sinclair, 1984, p. 148; Villiger, 2009, pp. 431-432).

Por el contrario, a efectos del artículo 32 de la CVDT, en relación con medios de naturaleza complementaria, se puede hacer uso de decisiones judiciales nacionales aisladas que evidencian la posición de uno o varios Estados, aunque no constituyan prueba de un acuerdo común (Comisión de Derecho Internacional, 2018a, p. 20 y 33-36; Sinclair, 1984, p. 138; Villiger, 2009, pp. 431-432). Sin embargo, bajo esta modalidad, el intérprete debe considerar las decisiones judiciales de Estados que puedan contradecir la postura presentada.

En cuanto a las decisiones judiciales de cortes internacionales, la CDI señala que éstas pueden ser “indirectamente” relevantes para identificar práctica estatal subsecuente (en términos del artículo 31(3)(b) de la CVDT), en tanto analicen

9 El artículo 31.3.b de la CVDT establece: “3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.

10 Como indica la redacción de los artículos 31 y 32 de la CVDT, y tal como ha señalado la Comisión de Derecho Internacional, el uso de los recursos enunciados en el artículo 31 es obligatorio, mientras que los materiales complementarios mencionados en el artículo 32 son de carácter discrecional o facultativo. Véase Comisión de Derecho Internacional (2018a, pp. 18-21).

o hagan referencia al acuerdo común de los Estados sobre la interpretación del tratado (Comisión de Derecho Internacional, 2018a, pp. 26-27; Nolte, 2013). Por lo tanto, estas decisiones judiciales no pueden constituir *per se* evidencia de un acuerdo o práctica estatal a efectos de la interpretación de un tratado.

### **3.1.2 El papel de las decisiones judiciales en la identificación de la costumbre internacional**

Respecto a la costumbre, el reporte de 2018 de la CDI sobre sus conclusiones para identificar normas de derecho internacional consuetudinario establece que las decisiones judiciales pueden jugar un doble papel (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 43-51, 75-82, 106-116). Por un lado, las decisiones judiciales de cortes nacionales pueden evidenciar práctica estatal y/o *opinio iuris* del Estado que las emite, los cuales son los dos elementos esenciales para la constitución de una norma consuetudinaria. Por otro lado, las decisiones judiciales (de cortes nacionales o internacionales) pueden servir como medios auxiliares o subsidiarios para la constatación de normas consuetudinarias cuando el intérprete lleva a cabo un análisis sobre la existencia y el contenido de dichas normas.

Respecto a la primera posibilidad, la CDI advierte que las decisiones de cortes nacionales deben evaluarse de manera rigurosa, teniendo en cuenta el contexto general de toda la práctica del Estado en el tema bajo estudio, con el fin de evitar inconsistencias internas (por ejemplo, entre el Poder Ejecutivo y el Judicial) (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 134-135). Para la cristalización de una norma consuetudinaria, no basta con evidenciar las decisiones judiciales de un par de cortes nacionales, sino que debe basarse en un número considerable de decisiones judiciales nacionales que sean lo suficientemente generales y representativas de varios Estados (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 140-143; Nollkaemper, 2003, pp. 283-284).

Además, no basta con que las decisiones judiciales sean una evidencia de práctica estatal, sino que se requiere también cumplir con el elemento psicológico: la *opinio iuris*. Para estos efectos, el reporte indica que las decisiones judiciales pueden considerarse una manifestación de *opinio iuris* cuando una corte nacional se pronuncie respecto de un tema de DIP y no sobre una cuestión de interpretación e implementación de normas únicamente locales (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 140-143; Nollkaemper, 2003, pp. 283-284).

En cuanto a la segunda posibilidad, las decisiones judiciales de cortes nacio-

nales e internacionales pueden servir como medio auxiliar para la constatación de una norma consuetudinaria. Sin embargo, la CDI advierte que se debe tratar de decisiones donde el intérprete haya considerado, identificado y aplicado una norma consuetudinaria, por lo que ha realizado un análisis de fondo de los dos elementos constitutivos de la costumbre (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, p. 149).

Asimismo, la CDI es cautelosa al señalar que, tratándose de decisiones de cortes nacionales, su valor normativo como fuente dependerá de la calidad del razonamiento jurídico, es decir, del rigor analítico empleado por el intérprete, ya que su conclusión debe estar sustentada en un análisis detallado de la práctica estatal y *opinio iuris* de varios Estados (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, p. 149). De la misma manera, se deben considerar las circunstancias particulares del caso, la naturaleza del tribunal que la emitió y los votos de los jueces (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, p. 149), así como recordar que las cortes nacionales operan conforme a las normas de su propio sistema jurídico nacional, por lo que su razonamiento puede reflejar únicamente su perspectiva nacional, sin considerar la posición de otros Estados, ya que se trata de jueces que, en la gran mayoría de los casos, no son expertos en DIP (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 149-150; Higgins, 1995, p. 218).

### **3.1.3 ¿Las decisiones judiciales como fuente autónoma del DIP?**

Aparte de lo explicado, existe una tercera forma de utilizar las decisiones judiciales como fuentes del DIP que no está contemplada en la teoría clásica o formalista, la cual implica su uso como fuentes principales o autónomas (Nollkaemper, 2003, pp. 277-297; Von Bogdandy y Venzke, 2011, pp. 979-1003). Aunque el juez no posee una facultad legislativa, el ejercicio de interpretación conlleva un grado de creatividad y adaptación de la norma a las circunstancias concretas del caso (Jennings, 1996).

Teniendo en cuenta estos aspectos, algunos autores han analizado el proceso de creación de normas a través de la función judicial de cortes internacionales (McWhinney, 2006; Ulfstein, 2013; Venzke, 2012) que se ha denominado *international judicial lawmaking* (Von Bogdandy y Venzke, 2011), incluyendo el caso de la Corte IDH (Benavides-Casals, 2015; Fuenzalida Bascuñán, 2015). Este planteamiento deriva de una perspectiva antiformalista o desformalizada de la teoría de las fuentes y del ordenamiento jurídico internacional en general que promueve un progresivo activismo judicial (Silva Abbott, 2024a, pp. 9-19).

Asimismo, esta tendencia presupone comprender el sistema internacional bajo el paradigma de una meta teoría del DIP denominada “constitucionalismo global” (Bianchi, 2013, pp. 44-71) o “constitucionalismo transformador” (Von Bogdandy, 2019), el cual se configura por la primacía de ciertos valores o principios que adquieren contenido según las circunstancias y perspectivas filosóficas del intérprete, es decir, de los jueces que conforman el tribunal internacional. Los proponentes de esta teoría confían en “algo así como un dogma de infalibilidad del tribunal internacional” (Sodero, 2012, p. 470).

Por lo tanto, bajo esta perspectiva, el consentimiento estatal deja de ser la principal fuente de obligación internacional e incluso se muestra una cierta hostilidad ante este fundamento del orden internacional, que se percibe como anacrónico y anticuado (González Domínguez, 2017, pp. 78-81). Por ello, los proponentes de esta postura asumen que, como los Estados manifestaron su consentimiento para vincularse a un tratado y a la jurisdicción de una corte internacional, entonces implícitamente han aceptado como criterios vinculantes todos los pronunciamientos de estas cortes (Fuenzalida Bascuñán, 2015, pp. 176-178; Nash Rojas, 2013, pp. 494-495).

Adicionalmente, en el sector de los derechos humanos se arguye que los tratados en materia de derechos humanos gozan de una especial naturaleza, ya que fueron concebidos como convenciones para el beneficio de individuos y no para la protección de intereses bilaterales entre Estados (López Hurtado, 2001, pp. 277-279; McGrogan, 2014, pp. 347-350). Según esta visión, al tratarse de normas que buscan la protección de la dignidad humana, el uso de fuentes de DIP debe ser más flexible, en tanto no se busca un rigor jurídico (González Domínguez, 2017, p. 67), sino el instrumento que mejor proteja al individuo en cuestión (principio *pro persona*),<sup>11</sup> por lo que quedaría justificado que la voluntad del Estado en la configuración de normas pasase a segundo plano.

Aunque las razones que originan y promueven esta tendencia son relevantes, se debe proceder con cautela, ya que estas buenas intenciones deben corresponder a un sólido esquema jurídico que permita una adecuada aplicación y evite abusos o la adopción de conclusiones arbitrarias. Al respecto, el uso de decisiones judiciales como fuentes autónomas, sin la necesidad de que reflejen o amplíen el contenido de normas consuetudinarias o acuerdos subsecuentes para la interpretación de un tratado, suscita dudas y complicaciones en su aplicación.

---

11 Un análisis de este argumento puede verse en Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto concurrente del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 59.

Primeramente, esta postura pareciera asumir que existe un consenso respecto de los alcances y límites de las normas de derechos humanos. Sin embargo, como se mencionó en la introducción, este planteamiento no refleja el desarrollo actual de la materia. Ante un escenario donde existe una proliferación de cortes internacionales y mecanismos quasi jurisdiccionales que emiten criterios —en muchos casos, contradictorios entre sí—, ¿cuáles serían los parámetros para determinar cuál sentencia debe prevalecer sobre otra?, ¿bajo qué criterio debería la Corte IDH, según el caso de estudio, determinar que se le concede mayor valor normativo a una sentencia del TEDH en lugar de la perspectiva de sus propios jueces o la opinión de, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos?

Ahora, respecto de decisiones judiciales nacionales, ante una teoría donde la costumbre o incluso el tratado se pueden convertir en fuentes secundarias, ¿podría la Corte IDH citar únicamente las decisiones nacionales que convienen o confirman su argumentación e ignorar las sentencias nacionales que contradigan su posición?, ¿podría utilizar las sentencias de una parte minoritaria de los Estados y presentarlas como las únicas decisiones judiciales relevantes a efectos de crear nuevos derechos?

Ante una teoría que ignore estos planteamientos, el uso de decisiones judiciales como fuentes autónomas alentaría un uso selectivo y parcial de estas según apoyen o no el argumento que los jueces pretenden presentar (García Escobar, 2024a; Nollkaemper, 2003, pp. 295-296). En tal caso, incluso lo establecido en el tratado y el principio *pacta sunt servanda*, se volverían letra muerta, pues la creación de normas internacionales sería una facultad totalmente delegada a las cortes internacionales, sin que sea relevante la opinión de los Estados ni lo pactado en el tratado (Silva Abbott, 2024b, pp. 107-140).

Por otro lado, esta tendencia omite pronunciarse sobre cuáles partes de la sentencia pueden ser utilizadas como precedentes y cuáles no; al no existir propiamente una doctrina internacional del precedente judicial, ¿podría la Corte IDH hacer uso de los *obiter dicta* de una sentencia para justificar su argumentación o únicamente puede utilizar la *ratio decidendi*?, ¿podría usar como fuente autónoma una sentencia nacional o internacional (tanto la *ratio decidendi* como el *obiter dicta*) cuyos hechos no sean análogos al caso bajo estudio?, ¿podría utilizar selectivamente las partes de sentencias nacionales e internacionales que confirmen su argumentación mientras ignore las otras partes de las mismas sentencias que contraigan o maticen su argumento? Este proceder podría provocar un uso descontextualizado y arbitrario de sentencias (o partes de estas) que sirvan como una suerte de *collage* para confirmar las pretensiones ideológicas de

un grupo de jueces nacionales o internacionales en turno sin que su argumento tenga mayor sustento jurídico que sus opiniones personales (Nollkaemper, 2003, p. 286).

Ahondando en este argumento, un problema más complejo que dicha perspectiva promueve es la proliferación de normas de DIP que se desarrollan de manera paralela a la práctica estatal y a lo pactado en tratados internacionales. Esto implica el desarrollo de normas internacionales que pierden legitimidad cara a los Estados al no estar respaldadas por un consenso de la comunidad internacional, y a un nivel más profundo, ponen en entredicho su legitimidad cara a los ciudadanos y los procesos democráticos.

La estructura interestatal del DIP, que sigue permeando a este sistema y constituye su base jurídica (López Hurtado, 2001, pp. 277-284), puede provocar excesos por parte del Estado. Sin embargo, también constituye el mejor mecanismo (hasta ahora formulado) que sirve como portavoz de la voluntad de cada sociedad a nivel internacional (Henríquez, 2017, pp. 11-17). La razón social por la cual la perspectiva de los Estados es indispensable para la constitución de normas internacionales es que el Estado es el mecanismo a través del cual se expresa la voluntad democrática de cada pueblo, por lo que el consenso internacional aspira a ser algo más que el reflejo de los intereses de las élites gobernantes en turno de cada Estado (García Escobar, 2024b, pp. 191-238).

Esta aspiración resulta ser aún más relevante tratándose de la configuración de normas en materia de derechos humanos, precisamente por el objeto y fin que persiguen de proteger la dignidad de la persona humana. ¿Cómo puede protegerse la dignidad humana si las normas encargadas de ello no concuerdan con las aspiraciones y preocupaciones de las personas que conforman las sociedades de cada Estado? Si nos apartamos de este planteamiento, nos encontraríamos ante la paradójica situación de que el desarrollo de las normas de derechos humanos se realizaría a través de un sistema que ignora el importante rol de la participación popular en aras de la protección de la dignidad de esas personas cuyas opiniones son ignoradas o incluso contravenidas (Bukovská, 2008).

Por lo tanto, para ilustrar estas interrogantes y consecuencias en el caso de la Corte IDH, a continuación se analizará el proceso que siguió este tribunal para la creación de nuevos derechos en su OC-24/17, en específico, la obligación de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

#### **4. El uso de decisiones judiciales por parte de la Corte IDH como fuente principal para la determinación de derechos humanos: el matrimonio entre personas del mismo sexo**

La OC-24/17 se trata de una solicitud presentada por el Estado de Costa Rica en 2016 a la Corte IDH sobre cuestiones de identidad de género y la situación de las parejas del mismo sexo. Una de las preguntas que la Corte IDH abordó fue sobre si los vínculos afectivos entre personas del mismo sexo podían caracterizarse como “familia” y si ello obligaría a los Estados a reconocer el matrimonio en estos términos como parte de sus obligaciones internacionales conforme a la CADH. Para el análisis de esta cuestión, la Corte IDH se enfocó en la determinación de tres temas: (A) la definición de “familia” según la CADH; (B) la interpretación evolutiva del concepto de “familia”; y (C) la legitimidad de la protección de la “familia tradicional” por parte de los Estados según sus obligaciones establecidas en la CADH.

Por medio de este análisis, la Corte IDH concluye que no existe una definición de “familia” en la CADH ni en el DIDH, por lo que este concepto se debe interpretar de manera evolutiva, lo cual resulta en la conclusión de que la procreación no puede ser un elemento definitorio de esta institución y, por lo tanto, los Estados tienen la obligación internacional de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. A continuación, se analizará el uso de decisiones judiciales y otros documentos como fuentes autónomas de derecho que sirvieron como sustento para esta conclusión de la Corte IDH.

##### **4.1 Definición de “familia” en la CADH**

Para abordar la primera cuestión, la Corte IDH comenzó por recurrir a una fuente formal: la CADH. Hay dos artículos de la CADH que hacen referencia a la institución familiar. Uno es el artículo 11.2, que establece: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. El otro es el artículo 17, que versa específicamente sobre la protección de la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y reconoce “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”. A la luz de estos artículos, la Corte IDH comenzó su análisis para determinar el contenido y alcance de estos términos, siguiendo las reglas de interpretación de la CVDT, en sus artículos 31 y 32.

Sin embargo, parece que esta referencia a las reglas de interpretación es me-

ramente enunciativa, ya que, como indica el voto individual del juez Eduardo Vio Grossi,<sup>12</sup> la Corte IDH no hizo mención al sentido corriente del término, al preámbulo, anexos, instrumentos adoptados con posterioridad o a la práctica estatal posterior u otras reglas de derecho internacional, como requiere la CVDT.

En lugar de seguir estos pasos, la Corte IDH señala que el artículo 17 de la CADH no contiene una “definición taxativa” sobre qué significa el concepto “familia”<sup>13</sup> y reitera que la propia Corte, a través de su jurisprudencia,<sup>14</sup> de las opiniones de organismos que monitorean tratados de derechos humanos<sup>15</sup> y de la jurisprudencia del TEDH,<sup>16</sup> ha determinado que la CADH no establece “un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma”.<sup>17</sup> Tal afirmación de la Corte IDH merece prestar detallada atención a cada una de las decisiones judiciales citadas como fuente y fundamento jurídico de su actuar.

Sobre los pronunciamientos de organismos monitores de tratados (TMB, por sus siglas en inglés: *treaty monitoring bodies*), estas entidades consisten en mecanismos quasi jurisdiccionales, cuyo mandato es monitorear el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados que les dieron origen a través de la revisión de informes rendidos por Estados y la formulación de recomendaciones llamadas “observaciones finales”.

Estos organismos son conformados por personas que no necesariamente son juristas y que deliberan sin necesidad de apegarse a una estructura jurídica, por lo que sus interpretaciones han sido criticadas por ser inconsistentes y por hacer un escaso uso de los principios y normas del DIP (Mechlem, 2009, pp. 905-947; O’Flaherty, 2007, pp. 27-44; Pedone y Kloster, 2012, pp. 29-84).

---

12 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 84.

13 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 174.

14 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, párrs. 142 y 172; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 69-70.

15 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares* (1994), párr. 13; Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006), párrs. 15 y 19; Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 19: La familia (Artículo 23)*, HRC/GEN/1/Rev.9 (1990), párr. 2; Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 16: Derecho a la intimidad (Artículo 17)*, HRC/GEN/1/Rev.9 (1988), párr. 5

16 TEDH, *Elsholz vs. Alemania*, núm. 25735/94, 13/07/2000, párr. 43; *Keegan vs. Irlanda*, núm. 16969/90, 26/05/1994, párr. 44; *Kroon y otros vs. Holanda*, núm. 18535/91, 27/10/1994, párr. 30.

17 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 174.

Además, por la naturaleza de sus funciones, sus decisiones constituyen criterios no vinculantes, pero serán analizados en este artículo porque, a pesar de no encuadrar en la definición de “decisión judicial”, la Corte IDH las utiliza como si lo fueran.

Existen 9 TMB, de los cuales la Corte IDH cita los comentarios o recomendaciones generales de tres de ellos: el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), el Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) y el Comité de Derechos Humanos para argüir que no existe una definición de “familia” en el DIDH y que, por lo tanto, se debe proceder a su interpretación evolutiva.

Sin embargo, esta interpretación de la Corte IDH constituye un uso selectivo de las palabras de estos TMB sobre el tema sin que aborde el argumento de manera integral. La postura completa de estos mecanismos es que los tratados internacionales no establecen expresamente una definición de familia, pero ello no indica que aquel concepto esté vacío de contenido, sino que se le confiere a cada Estado la facultad de decidir qué entenderá por “familia”, conforme a lo que el “ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición” de cada Estado determine.<sup>18</sup>

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos señaló que el término “familia” se debe interpretar

como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate (...) A ese respecto, el Comité invita a los Estados a indicar en sus informes la acepción que se da en sus respectivas sociedades a los términos “familia” y “domicilio”. (Comité de Derechos Humanos, 1988, párr. 5)

En otro comentario general, precisó que

el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos

18 CEDAW, *Recomendación General No. 21*, párr. 13.

conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. (Comité de Derechos Humanos, 1988, párr. 2)

Asimismo, el CRC declaró que la familia

se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párr. 15)

Por lo tanto, ninguno de estos pronunciamientos establece que el concepto “familia” pueda definirse conforme a lo que las cortes internacionales decidan. Por el contrario, ellos apuntan a que, ante la ausencia de definición, le corresponde a cada sociedad determinar (conforme a sus mecanismos constitucionales) qué entenderá por “familia”.

Sobre las decisiones judiciales de cortes internacionales, la Corte IDH también cita casos del TEDH y su propia jurisprudencia. Respecto de los primeros, hace referencia a *Elsholz vs. Alemania*, *Keegan vs. Irlanda*, *Kroon y otros vs. Holanda*, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*<sup>19</sup> y *X, Y, Z vs. Reino Unido*. Sin embargo, estos casos no evidencian práctica estatal a efectos de utilizarse como medios auxiliares para la determinación de la costumbre o la interpretación de la CADH. Además, el uso indiscriminado de partes de las sentencias no distingue entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, sino que la Corte IDH usa frases descontextualizadas para sustentar ideas que el TEDH no ha adoptado.

Al respecto, la Corte IDH omite mencionar que, en esos casos, el TEDH categoriza los hechos como una posible violación al artículo 8.1 del CEDH, el cual se refiere al derecho al respeto de la “vida privada y familiar” de toda persona. Estos casos no los analizó bajo el artículo 12, que establece el derecho al matrimonio y a formar una familia.

Por otra parte, la Corte IDH omite considerar que esos casos (salvo el de *X, Y, Z vs. Reino Unido*) versan sobre hechos y cuestionamientos muy distintos a las interrogantes planteadas en la OC-24/17, por lo que no queda claro que se puedan utilizar por analogía como precedentes. Los casos del TEDH citados versan sobre la custodia y el derecho de visita de un padre biológico a su hijo

19 La Corte IDH no hace referencia a este caso en la OC-24/17, pero se incluye en esta lista porque lo cita en *Atala Riff vs. Chile* para defender la misma premisa.

respecto a hijos concebidos fuera del matrimonio. Teniendo en cuenta esta circunstancia e interpretando el CEDH a la luz del interés superior de la niñez, el TEDH determinó que la protección de la “vida familiar” (conforme al artículo 8) no se limitaba a vínculos que se originan por el matrimonio, con el objetivo de proteger la relación y contacto entre padres e hijos biológicos. Al respecto, indicó en esos casos que un elemento esencial para determinar qué significa “vida familiar” es el grado de compromiso de la relación, evaluado por el hecho de haber tenido hijos juntos o no.<sup>20</sup>

Este elemento resultó fundamental para la conclusión del TEDH, porque en el caso de *X, Y, Z vs. Reino Unido* —que versa sobre X, una mujer transexual que desea registrarse como el padre del hijo de Y (quien no es su hijo biológico)— determinó que no hubo una violación al derecho a la privacidad ni a la vida familiar de X.<sup>21</sup> Reconoció que, debido a la falta de consenso sobre el tema, se le concedió un amplio margen de apreciación al Reino Unido para regular este aspecto.<sup>22</sup> Como se explicará más adelante, el TEDH concuerda con los TMB en que los Estados poseen un margen de maniobra para determinar qué significa “familia”, por lo que un tribunal internacional no puede adoptar su propia definición.

Respecto de la propia jurisprudencia, la Corte IDH cita el caso *Atala Riff vs. Chile*,<sup>23</sup> el cual hace referencia, a su vez, a los casos antes mencionados del TEDH. Es interesante añadir que, en este caso, la Corte IDH intenta sustentar su afirmación de que la protección de la familia tradicional “refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia”,<sup>24</sup> citando como fuente única el *obiter dicta* de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México,<sup>25</sup> es decir, utiliza una sola sentencia aislada de una corte nacional como fuente formal o principal para su argumento.

Además, la Corte IDH no indica si esa decisión de una corte nacional se usa como evidencia de práctica estatal para la configuración de costumbre o si es práctica ulterior sobre la interpretación de la CADH. Sobre la primera posibilidad, una única sentencia de una corte nacional no puede constituir prueba

<sup>20</sup> TEDH, *X, Y, Z V. Reino Unido*, núm. 21830/93, 22/04/1997, párr. 36; *Kroon y otros vs. Holanda*, párr. 30; *Serife Yiğit vs. Turquía*, núm. 51264/99, 02/11/2010, párr. 96.

<sup>21</sup> TEDH, *X, Y, Z vs. Reino Unido*, párr. 44.

<sup>22</sup> TEDH, *X, Y, Z vs. Reino Unido*, párr. 44.

<sup>23</sup> Corte IDH, *Atala Riff y Niñas v. Chile*, párr. 142.

<sup>24</sup> Corte IDH, *Atala Riff y Niñas v. Chile*, párr. 145.

<sup>25</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Amparo en Revisión 704/2014* (2014), párr. 333.

suficiente para la configuración de una norma consuetudinaria, mucho menos si esta no hace un análisis de los dos elementos constitutivos de la costumbre. Sobre la segunda posibilidad, la Corte IDH no consideró que la sentencia versaba sobre la constitucionalidad de la reforma de 2009 del Código Civil de la Ciudad de México para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que la *litis* no fue sobre la interpretación de las obligaciones internacional en materia de derechos humanos conforme a la CADH.

Ahondando en esta cuestión y considerando que ni las decisiones judiciales del TEDH ni los pronunciamientos de los TMB reflejan el argumento que la Corte IDH pretende presentar, pareciera que la Corte IDH se queda con una única fuente para sostener su argumentación: la decisión judicial de una corte nacional. Quizá por encontrarse en esa encrucijada es que, inmediatamente después de estas afirmaciones, su razonamiento se desarrolla sin citar otras fuentes más que las propias opiniones de los jueces.

Al respecto, la propia Corte IDH se contradice unos párrafos más adelante, donde los jueces afirman, por un lado, “la imposibilidad de identificar un sentido corriente a la palabra ‘familia’”<sup>26</sup> en el artículo 17 de la CADH, pero, al mismo tiempo, reconocen que el artículo 17.2 “de manera literal reconoce el ‘derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia’”,<sup>27</sup> por lo que “estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio”,<sup>28</sup> y que “es claro que los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 17 se refieren exclusivamente a una modalidad de vínculo familiar”.<sup>29</sup>

Por otra parte, resulta sorprendente que, en un uso tan variado y poco estructurado de documentos de carácter no vinculante, la Corte IDH omita mencionar otros instrumentos internacionales que contienen (al igual que la CADH) una definición específica de “familia”, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), que reconocen “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”.<sup>30</sup> También omite mencionar el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994<sup>31</sup> y el informe de Beijing de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer

---

26 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 181.

27 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 182.

28 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 181.

29 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 181.

30 Artículo 16 de la DUDH; artículo 23 del PIDCP.

31 Naciones Unidas (1994, párr. 5.1).

de 1995,<sup>32</sup> que reconocen que cada Estado puede definir el concepto de familia según sus sistemas culturales, sociales y jurídicos y que el objetivo de esta institución es la protección de la maternidad, la paternidad y de los niños.<sup>33</sup>

#### **4.2 Interpretación evolutiva del concepto “familia”**

Ahora, asumiendo que no existe una definición de “familia” en la CADH, la posición tanto del TEDH como de los TMB citados en la OC-24/17 es que el facultado para darle contenido a ese concepto es cada Estado a través de sus procesos constitucionales y democráticos, por lo que esta cuestión quedaría fuera de la esfera de competencia del DIP y, por lo tanto, de la Corte IDH. Ante ello, la Corte IDH no podría declarar como permisible o no la protección de la familia únicamente en el sentido tradicional, pero tampoco podría exigirles a los Estados el reconocimiento de otras formas de familia, ya que cualquiera de estas opciones impondría una definición internacional de “familia”.

Sin embargo, la Corte IDH parece que no se detiene a reflexionar sobre este entramado argumentativo. En lugar de ello, asume que la supuesta ausencia de definición le otorga la facultad de decidir, de manera unilateral, la definición de “familia” que los Estados deben adoptar en su derecho interno, la cual incluye legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Para ello, la Corte IDH recurre a la “interpretación evolutiva”, argumentando que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.<sup>34</sup> Además, añade que interpretará este artículo conforme al “contexto” del “sistema jurídico” en el cual se encuentra inmerso, que en este caso es el sistema interamericano de protección a derechos humanos.<sup>35</sup> Para sustentar su argumento, cita su propia jurisprudencia que, a su vez, cita algunos casos del TEDH que han desarrollado el concepto de interpretación evolutiva<sup>36</sup> y el caso *Costa Rica vs. Nicaragua* ante la CIJ.<sup>37</sup>

32 Naciones Unidas (1995).

33 Naciones Unidas (1994, párrs. 5.2-5.3 y 5.11, 1995, párr. 29).

34 Corte IDH, Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, párr. 187.

35 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 183.

36 TEDH, *Tyrer vs. Reino Unido*, núm. 5856/72, 25/04/1978; *Marckx vs. Bélgica*, núm. 6833/74, 13/06/1979, párr. 41.

37 CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213.

Procede aclarar, primeramente, que la Corte IDH no ha sido consecuente con el uso de la interpretación evolutiva en los términos que ella misma cita. En algunos casos, ha entendido que el “contexto del sistema jurídico” donde se encuentra inmerso el derecho en disputa es el sistema interamericano, como en el caso presente, pero en otras sentencias ha dicho que ese sistema se refiere al *corpus juris* del DIDH.<sup>38</sup> Asimismo, ha indicado que la interpretación evolutiva requiere otorgar especial relevancia al derecho comparado para identificar la práctica y/o acuerdos posteriores de los Estados sobre la materia,<sup>39</sup> mientras que, en otros casos, expresamente ha dicho que el consenso y la práctica estatal son totalmente irrelevantes.<sup>40</sup>

La evaluación de estos elementos no trata de debatir un mero tecnicismo jurídico, sino que es esencial para la determinación de la conclusión. Si la Corte IDH considera que el “contexto” es únicamente el sistema interamericano (normalmente reducido a sus sentencias) y que la práctica estatal es irrelevante, entonces cabría la posibilidad de construir, a través de precedentes, un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, si el contexto se refiere a lo que llama el *corpus iuris* del DIDH, que la Corte afirma que está “formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”<sup>41</sup> y, para ello, el consenso internacional es indispensable, entonces no podría alegar la existencia de tal derecho.

Sin reparar en estas inconsistencias y basándose en el concepto de interpretación evolutiva, la Corte IDH afirma que por “familia” se debe entender cualquier relación afectiva “con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo”.<sup>42</sup> Bajo esta premisa, sostiene que incluso las familias poligámicas deben ser protegidas por parte del Estado,<sup>43</sup> emitiendo un criterio contrario al de

38 Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 193; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

39 Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245.

40 Corte IDH, Atala Riffó y niñas v. Chile, párr. 92; *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 83.

41 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 115.

42 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 191.

43 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 190.

la Recomendación General No. 21 del CEDAW (citado por la misma Corte IDH párrafos antes).<sup>44</sup>

Por otra parte, la Corte IDH declara que la intención inicial de los redactores de la CADH fue reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo conforme al “cambio de los tiempos”.<sup>45</sup> Para sustentar esta conclusión, cita diversas fuentes: los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género de 2007, el caso *Obergefell vs. Hodges* ante la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, algunos casos del TEDH, las observaciones finales a los informes de Estados emitidas por dos TMB y un informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

Antes de analizar las fuentes citadas, procede resaltar, en primer lugar, que este criterio sobre cuáles son los parámetros que rigen la interpretación evolutiva se distancia en gran medida de lo que afirmó la CIJ. Tanto en su caso *Nicaragua vs. Costa Rica* como en la Opinión Consultiva de *Namibia*, el razonamiento completo de la CIJ no se reduce a permitir una interpretación evolutiva completamente abierta conforme a lo que cada juez considere son las condiciones sociales actuales.

La CIJ estableció que esa interpretación evolutiva opera bajo dos condiciones. La primera es que este tipo de interpretación es factible solo cuando los redactores del tratado en cuestión hayan tenido la común intención de darle un sentido evolutivo a un término genérico.<sup>46</sup> La CDI ha confirmado esta idea indicando que no cualquier término es susceptible de una interpretación evolutiva, sino que se trata de conceptos que las partes (por el tipo de lenguaje que utilizaron) (Comisión de Derecho Internacional, 2006, parr. 478) tuvieron la intención de darle ese sentido o que queda claro que se trata de conceptos “evolutivos por definición” (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, p. 65). Un factor determinante para decidir si el término es evolutivo o no es atender a la práctica subsecuente de los Estados (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 64-65).

La segunda condición consiste en que el significado del término “evolutivo” debe establecerse conforme a la práctica estatal subsecuente que se ha llevado

44 CEDAW, *Recomendación General No. 21*, párr. 13.

45 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 193.

46 CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, párr. 64.

a cabo (para ser congruente con el artículo 31(3)(b) de la CVDT) y conforme al desarrollo del resto de las normas de DIP,<sup>47</sup> entendiendo por esto último los tratados y la costumbre internacionales.<sup>48</sup> Por ello, la práctica estatal es el elemento definitorio de lo que constituye la “realidad social”, como lo confirma la jurisprudencia del TEDH.<sup>49</sup> Estos elementos son esenciales para comprender los parámetros y límites de la interpretación evolutiva, que no opera *ex nihilo*. Más bien es un método que sigue el proceso ordinario de las normas internacionalmente reconocidas sobre interpretación de tratados (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, p. 66).

Sin embargo, la Corte IDH no repara en estas cuestiones, sino que recurre nuevamente a los pronunciamientos de algunos TMB, citando las observaciones finales de Bulgaria y Eslovaquia, emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), y de Serbia, emitidas por el CEDAW, que se adoptaron en el proceso de un diálogo constructivo y no en un procedimiento de carácter judicial.

Recordemos que estas recomendaciones tienen como fin sugerir buenas prácticas a los Estados para cumplir las obligaciones establecidas en los tratados, por lo que no constituyen la creación de nuevas obligaciones internacionales. Además, en ambos casos, los TMB señalados emitieron “exhortaciones” a reconocer legalmente las uniones de personas del mismo sexo,<sup>50</sup> sin especificar que existe una obligación internacional al respecto.

Respecto al informe del ACNUDH (cuyo contenido no es vinculante), es alarmante notar que el mismo párrafo al que la Corte IDH hace referencia dice expresamente que “el derecho internacional no obliga a los Estados a reconocer el matrimonio homosexual”,<sup>51</sup> lo cual es estratégicamente omitido por la Corte IDH.

Respecto a los tres casos citados del TEDH (*Schalk y Kopf vs. Austria, Vallianatos y otros vs. Grecia y otros vs. Italia*), en ellos se afirmó que el artículo 12 del CEDH protege a la familia tradicional, y el TEDH determinó que “la

---

47 CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, párr. 64; *Namibia Advisory Opinion*, párr. 53.

48 CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276* (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, párr. 53.

49 TEDH, *Tyler vs. Reino Unido*, párr. 31. Véase también *Fedotova y otros v. Rusia*, párrs. 167-168; *Goodwin vs. Reino Unido*, núm. 28957/95, 11/06/2002, párr. 85.

50 CDESC, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los Artículos 16 y 17 del Pacto, Eslovaquia, E/C.12/SVK/Co/2 (2012), párr. 17; Observaciones Finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Bulgaria, E/C.12/BGR/Co/4-5 (2012), párr. 10.

51 ACNUDH, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/29/23 (2015), párr. 67.

cuestión de permitir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación del derecho nacional del Estado contratante<sup>52</sup> y que un tribunal internacional “no debe apresurarse a sustituir por su propio juicio el de las autoridades nacionales” sobre este tema.<sup>53</sup> En el caso de *Schalk y Kopf vs. Austria*, el TEDH observó que

considerado aisladamente, el texto del artículo 12 podría interpretarse en el sentido de que no excluye el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres. Sin embargo, en contraste, todos los demás artículos sustantivos del Convenio conceden derechos y libertades a ‘toda persona’ o establecen que “nadie” debe ser sometido a determinados tipos de trato prohibido. Así pues, la elección de la redacción del artículo 12 debe considerarse deliberada. Además, hay que tener en cuenta el contexto histórico en el que se adoptó la Convención. En los años 50, el matrimonio se entendía claramente en el sentido tradicional de unión entre personas de distinto sexo.<sup>54</sup>

Además, el TEDH añadió que no podía establecer una obligación internacional de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo mediante una interpretación evolutiva, ya que no existe un consenso al respecto entre los Estados europeos.<sup>55</sup>

En el caso *Oliari vs. Italia*, el TEDH determinó que Italia debería proveer alguna figura jurídica para reconocer las relaciones entre personas del mismo sexo en su legislación.<sup>56</sup> Sin embargo, esta conclusión fue más argumentada que en el caso de la Corte IDH, ya que se basó en el consenso europeo existente en ese momento (según la práctica de los Estados), en los pronunciamientos de la propia Corte Constitucional de Italia y en las encuestas populares de la población italiana.<sup>57</sup>

Por otra parte, es pertinente mencionar que, en el caso más reciente que la Gran Sala del TEDH ha resuelto sobre este tema (*Fedotova y otros vs. Rusia* de 2023), declaró como inadmisible la petición (bajo el artículo 12) por considerarla como manifiestamente infundada.<sup>58</sup> Respecto de las obligaciones que

52 TEDH, *Schalk y Kopf vs. Austria*, párr. 61.

53 TEDH, *Schalk y Kopf vs. Austria*, párr. 62.

54 TEDH, *Schlaf y Kopf vs. Austria*, párr. 55.

55 TEDH, *Schlaf y Kopf vs. Austria*, párr. 58.

56 TEDH, *Oliari y otros vs. Italia*, núm. 18766/11 y 36030/11, 21/07/2015, párrs. 177-178.

57 TEDH, *Oliari y otros vs. Italia*, párrs. 178-182.

58 TEDH, *Fedotova y otros vs. Rusia*, párr. 154.

emanan del artículo 8, sostuvo que el derecho a la privacidad no podía interpretarse como una cláusula que impone la obligación positiva de legalizar esta práctica,<sup>59</sup> incluso mencionó que obligar a los Estados en tal sentido, a falta de consenso internacional sobre el tema, implicaría violentar su función subsidiaria como corte internacional.<sup>60</sup> El TEDH llegó a estas conclusiones consciente de su discrepancia con la OC-24/17 de la Corte IDH, a la cual hace referencia en dos ocasiones, sin sumarse a la postura de su homólogo americano.<sup>61</sup>

Finalmente, es relevante dedicar unas líneas al último tipo de fuentes jurídicas que la Corte IDH utiliza para sustentar su interpretación evolutiva del concepto de familia: los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género de 2007. La redacción de este documento fue liderada por una ONG, la Comisión Internacional de Juristas, y elaborado por parte de un grupo de académicos y activistas. Por lo tanto, se trata de un documento elaborado por un grupo de personas cuya naturaleza jurídica no es vinculante y versa sobre un tema que no goza de consenso internacional.

Al respecto, la situación jurídica y política de este documento es tan controversial que ni siquiera ha sido adoptado o mencionado en resoluciones de la Asamblea General de la ONU o del Consejo de Derechos Humanos. A pesar de ello, diversas ONG,<sup>62</sup> funcionarios públicos<sup>63</sup> e incluso organismos del sistema de la ONU<sup>64</sup> han presentado falsamente estos principios como instrumentos de carácter vinculante y que reflejan el estado actual del DIDH. Este proceder constituye una forma de presionar a los ciudadanos y Gobiernos (que ignoran el funcionamiento y estructura del DIP) para que adopten estas disposiciones en el derecho interno de los Estados bajo la falsa suposición de que se encuentran en la obligación internacional de hacerlo.

Lo mismo está haciendo la Corte IDH al utilizar estos principios como fuente formal de derecho, ya que no gozan de ningún valor jurídico y únicamente reflejan el acuerdo de los académicos y activistas que los redactaron. Al incluirlos en un pronunciamiento de una corte internacional, se pretende presentarlos como un instrumento vinculante.

---

59 TEDH, *Fedotova y otros vs. Rusia*, párr. 165.

60 TEDH, *Fedotova y otros vs. Rusia*, párr. 189.

61 TEDH, *Fedotova y otros vs. Rusia*, párrs. 63-64 y 177.

62 Por ejemplo, Parlamentarios para la Acción Global (2018); Cuentanos.org (s.f.).

63 Por ejemplo, Suprema Corte de Justicia de México (2022); Poder Judicial de Chubut (2017).

64 Véase Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014).

#### **4.3 Protección de la familia tradicional: la procreación como objetivo legítimo**

Otra cuestión que encuentra poco sustento jurídico en la OC-24/17 es la afirmación categórica de que no existe fundamento para que los Estados protejan un modelo de “familia tradicional”.<sup>65</sup> La Corte IDH no define exactamente qué significa este término, aunque parece que lo relaciona con entender la procreación de hijos como un elemento definitorio de esta institución. Al respecto, afirma que dicha definición es incompatible con la CADH, porque ello sería discriminatorio e incompatible con los objetivos de proteger a la familia como “realidad social”.<sup>66</sup> Para justificar la primera afirmación, cita los casos de *Karner vs. Austria* y *Kozak vs. Polonia* del TEDH, y para la segunda, vuelve a citar una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México.<sup>67</sup>

Sobre el principio de no discriminación, se debe precisar que, conforme al DIDH, no toda distinción o trato diferenciado constituye *per se* un acto discriminatorio, sino que se debe analizar si existe o no una justificación razonable y objetiva para la distinción, lo que significa que no se persigue un objetivo legítimo o no hay un ejercicio de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y el objetivo perseguido.<sup>68</sup>

En el caso específico de la Corte IDH, este test se vuelve más rígido cuando se trata de categorías protegidas por el artículo 1 de la CADH (raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición social). Este “escrutinio estricto” requiere que el trato diferente debe perseguir un fin “convencionalmente imperioso”<sup>69</sup> y se debe realizar un juicio de “proporcionalidad en sentido estricto” en el que se pruebe que “los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”.<sup>70</sup>

Por lo tanto, para afirmar que la protección de la “familia tradicional” constituye un acto discriminatorio, la Corte IDH tendría que probar y sustentar que esta medida incumple con los parámetros antes señalados. En vez de ello,

65 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párrs. 204 y 220.

66 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 221.

67 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis jurisprudencial 1a./J.43/2015 (2015).

68 Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56. Véase también TEDH, *Kozak vs. Polonia*, núm. 13102/02, 02/03/2010, párr. 91; *Karner vs. Austria*, núm. 40016/98, 24/07/2003, párr. 37.

69 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 81.

70 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 81.

afirmó que no existe ningún objetivo legítimo para salvaguardar el matrimonio tradicional,<sup>71</sup> citando un pasaje aislado y descontextualizado del caso *Karner vs. Austria*: “El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo”<sup>72</sup>, y lo reforzó con el caso *Kozac vs. Polonia*.

La Corte IDH no consideró que la *litis*, tanto en *Karner* como en *Kozac*, no versaba sobre la definición de “familia” o el matrimonio. La disposición legal cuestionada se trataba de un artículo de la ley de arrendamiento sobre cuestiones de sucesión que no incluía a personas del mismo sexo viviendo juntas. Por ello, en ambos casos, el TEDH estudió la posible violación en términos del artículo 8 del CEDH (y no del artículo 12) como una afectación al “domicilio” de la víctima.<sup>73</sup>

Por otra parte, la Corte IDH omitió citar el resto del razonamiento del TEDH en ambos casos, donde se afirma que “la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón de peso y legítima que podría justificar una diferencia de trato”<sup>74</sup> y que “la comunidad en su conjunto tiene interés en mantener un sistema coherente de derecho de familia que sitúe en primer plano el interés superior del menor”.<sup>75</sup> Además, el TEDH condenó tanto a Austria como a Polonia no porque el fin perseguido fuera inaceptable, sino porque consideró que la relación entre medio y fines no fue proporcional en el contexto de la sucesión de un contrato de arrendamiento.<sup>76</sup>

Párrafos más adelante, la Corte IDH vuelve sobre el mismo tema y sostiene que la procreación no puede ser un elemento definitorio del matrimonio, porque sería denigrante para quienes “carecen de capacidad *generandi* o de interés en procrear”.<sup>77</sup> Este último planteamiento no es propio de la Corte IDH (aunque omite la referencia), sino que es copiado de una sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica.<sup>78</sup> Por lo tanto, la fuente utilizada por la Corte

---

71 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párrs. 220-221.

72 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 204.

73 TEDH, *Karner vs. Austria*, párr. 33; *Kozac vs. Poland*, párr. 84; TEDH, *Schalk y Kopf vs. Austria*, párr. 92.

74 TEDH, *Karner vs. Austria*, párr. 40; *Kozac vs. Polonia*, párr. 98.

75 TEDH, *X, Y, Z vs. Reino Unido*, párr. 47.

76 TEDH, *Karner vs. Austria*, párrs. 41-43; *Kozac vs. Polonia*, párrs. 98-99.

77 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 221.

78 Corte Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005), párr. 86.

IDH es una única decisión judicial de una corte nacional (de un Estado que no es parte de la CADH).

Pareciera ser que la única fuente jurídica que le queda a la Corte IDH –nuevamente– para sustentar su argumento es una decisión judicial de la Suprema Corte de Justicia de México. Da la impresión de que la Corte IDH se apoya en esta sentencia porque el razonamiento de la corte mexicana opera al estilo de la Corte IDH, afirmando que definir el matrimonio ligado a la procreación es discriminatorio, sin justificarlo por medio de los criterios del test de proporcionalidad<sup>79</sup> y citando la misma jurisprudencia del TEDH que la Corte IDH usa para falsamente sustentar que existe un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>80</sup>. Además, de la lectura de esta sentencia mexicana resalta que el argumento de que la familia se debe proteger como “realidad social” no es el resultado de un ejercicio de interpretación por parte de la Corte IDH, sino que es una copia del razonamiento de la corte mexicana,<sup>81</sup> aunque –nuevamente– la Corte IDH omite señalarlo.

Por otra parte, la Corte IDH también añadió lo siguiente, citando como única referencia una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia:<sup>82</sup>

la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos.<sup>83</sup>

Aparte de que este razonamiento involucra diversas cuestiones debatibles y no reguladas por el DIDH, hay dos aspectos a resaltar sobre esta sentencia. La primera es que el razonamiento planteado no es propio de la Corte Constitucional de la Colombia, sino que ésta cita, a su vez, el caso *Obergefell vs. Hodges* de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.<sup>84</sup> Esto resulta preocupante porque se pretende que una única sentencia de una corte nacional (de un Esta-

79 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en Revisión 704/2014*, párrs. 147-172.

80 El tribunal mexicano hace referencia al caso *Schalk y Kopf vs. Austria*: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en Revisión 704/2014*, párr. 149.

81 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en Revisión 704/2014*, párr. 152.

82 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-214/16* (2016).

83 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 223.

84 Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), § B III.

do que no es parte de la CADH), adoptada por 5 votos a favor y 4 en contra y cuyo argumento no goza de consenso internacional, se convierta en una fuente formal de DIP para todos los Estados de la región y, posiblemente, como antecedente que pueda ser aplicable, de la misma manera, a otras regiones del mundo.

Por otra parte, el argumento de la Corte IDH es problemático, ya que, como diversos académicos han reconocido, toda interpretación de normas se basa en una determinada convicción filosófica y antropológica (sea de origen religioso o no), por lo que la neutralidad en estos términos es imposible (Koskenniemi, 2010; Weiler, 2013). Al respecto, los tratados en la materia fueron diseñados para permitir que las diferentes visiones culturales, religiosas y filosófica sirvieran como fermento para dar contenido a las normas abstractas y generales de derechos humanos (Glendon, 2002; Kaplan, 2018). Por lo tanto, esas convicciones que la Corte IDH considera como ilegítimas fueron concebidas como una parte natural y necesaria del proceso de interpretación, aunque gran parte de la doctrina ha olvidado o desconoce este aspecto (Glendon, 1998).

En segundo lugar, tanto la sentencia del caso colombiano como la del estadounidense no pueden ser consideradas como práctica que contribuya a la configuración de costumbre internacional, porque constituyen la práctica de una minoría de Estados y no se considera la práctica en sentido contrario a la mayoría de ellos. Al respecto, la Corte IDH hace algunas referencias al derecho comparado de ciertos Estados donde se ha legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya sea por la vía judicial (Méjico, Brasil y Colombia) o legislativa (Uruguay, Argentina y Canadá).<sup>85</sup> Sin embargo, se debe tener cuidado al momento de evaluar la práctica estatal, porque la opinión de un Estado no crea DIP.

Quizá, la misma Corte IDH se dio cuenta de que la práctica de únicamente 5 de los 24 Estados parte de la CADH (Canadá no es Estado parte) no puede constituir fuente jurídica suficiente para fundamentar su argumento, porque, seguido de esta lista, afirma sin mayor reparo que la falta de consenso internacional es irrelevante a efectos de la creación de nuevos derechos.<sup>86</sup>

Debido a esta postura de la Corte IDH sobre el uso de la costumbre in-

---

85 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párrs. 206-213.

86 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 219. Véase también Corte IDH, *Atala Riffó y niñas vs. Chile*, párr. 92; *Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 123; *Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 124.

ternacional, este tribunal omitió indagar la práctica de la gran mayoría de los Estados, como arguyó el juez Vio Grossi.<sup>87</sup> La sentencia misma de la Corte Constitucional de Colombia de 2016 señala que de los 193 Estados parte del sistema de la ONU, sólo 24 habían legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>88</sup> De esos 24 Estados, 5 han sido el resultado del activismo judicial de sus propias cortes (Canadá, Sudáfrica, México, Brasil y Estados Unidos), 18 lo han hecho por la vía legislativa (Holanda, Bélgica, España, Noruega, Suecia, Uruguay, Portugal, Argentina, Islandia, Dinamarca, Francia, Nueva Zelanda, Finlandia, Luxemburgo, Malta, Alemania y Reino Unido) y 1 por referéndum (Irlanda).<sup>89</sup>

Además, un análisis completo de la costumbre internacional implica también considerar la práctica en contrario, como lo son las decisiones judiciales que expresamente han rechazado la creación de un nuevo derecho. Por ejemplo, la decisión del Tribunal Constitucional de Perú de 2020,<sup>90</sup> la Corte Suprema de Filipinas en 2019,<sup>91</sup> la Corte Suprema de Panamá de 2023,<sup>92</sup> la Corte Suprema de El Salvador en 2019<sup>93</sup> o el referéndum de Eslovenia de 2015.<sup>94</sup>

Incluso si se analiza esta cuestión desde un sentido sociológico de la costumbre (como “realidad social”), la población de la mayoría de los Estados sigue teniendo una visión bastante tradicional de la familia. Diversos estudios comparativos demuestran que la familia, en la mayoría de las culturas del mundo (con excepción de los países occidentales), hoy en día sigue persiguiendo dos fines esenciales: la procreación y educación/socialización de los hijos (Georgas, 2011, p. 365; Georgas y Poortinga, 2005, pp. 51-72), lo cual no es analizado por la Corte IDH cuando realiza su interpretación evolutiva bajo los cuestionables criterios que ella misma establece.

87 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párrs. 66 y 89.

88 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia Su-214/16*, párr. 8.

89 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-214/16*, párr. 8.

90 Tribunal Constitucional de Perú, Pleno. *Sentencia 676/2020, 03/11/2020*.

91 Corte Suprema de Filipinas, *Falcis III v. Civil Registrar-General*, 861 Phil. 388 (2019).

92 Corte Suprema de Justicia de Panamá, N° 1042-16, 13/02/2023.

93 Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Sentencia N° 18-2018 de Sala de lo Constitucional*, 11/01/2019.

94 Aunque a partir de 2023 se reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo, debido a que una sentencia de 2022 de la Corte Constitucional ordenó dicha modificación al parlamento a pesar de los resultados del referéndum.

## 5. Algunas reflexiones sobre el uso de fuentes

Del análisis de las fuentes empleadas por parte de la Corte IDH en la OC-24/17, se desprende que hace un uso poco riguroso de las decisiones judiciales como fuentes del DIP. Usa estos instrumentos como fuentes formales y no auxiliares, como establece la doctrina clásica, y cualquier parte de las sentencias sin distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Además, las decisiones judiciales son empleadas de forma parcial y selectiva, pues utiliza las partes que convienen para el argumento a sustentar en algunas secciones, mientras que ignora el conjunto de la sentencia cuya conclusión es contraria al argumento que la Corte IDH presenta.

Por otra parte, llama la atención que en diversas cuestiones la Corte IDH emplea como única fuente una decisión judicial de una única corte nacional, ignorando las sentencias en contrario de otros tribunales nacionales de Estados parte de la CADH. Ante esta situación, surge la duda de por qué las sentencias de ciertas cortes nacionales tendrían mayor peso o valor jurídico como fuentes del derecho que las sentencias de otras cortes nacionales. Desde la teoría clásica de las fuentes, no puede surgir tal situación, pues no existe una jerarquía entre las decisiones judiciales de cortes nacionales. Por lo tanto, da la impresión de que el uso selectivo de decisiones judiciales de cortes nacionales se hace buscando los fragmentos o sentencias que sean afines a la idea preconcebida que tienen los jueces en turno sobre lo que debería ser el derecho, en vez de ser un ejercicio interpretativo que declare el estado actual del DIDH en la materia.

Un planteamiento parecido surge del uso que la Corte IDH hace de otros instrumentos de *soft law* (pronunciamientos de TMB o incluso documentos de la sociedad civil), donde la ni siquiera intenta explicar por qué estos instrumentos tendrían mayor relevancia o valor normativo que la costumbre o la práctica subsecuente de los Estados respecto a la interpretación de la CADH. Incluso, suscita la pregunta de por qué instrumentos de *soft law* deben emplearse como fuentes formales y jerárquicamente superiores cuando explícitamente contradicen la práctica estatal y lo pactado en tratados internacionales. Parecería que el uso que la Corte IDH hace del *soft law* es el de emplearlo como mecanismo para ampliar el campo del DIDH, más allá de su objeto de estudio y del consenso internacional (o, como en este caso, incluso en contra del consenso internacional), como señalan algunos autores (D'Aspremont, 2008).

Por otra parte, es preocupante que en la OC-24/17 diversos presupuestos para la creación de nuevos derechos se basaron en una única sentencia de una corte nacional (Méjico y Colombia) o en una única sentencia de una corte

internacional (*Atala Riffo*), como apunta el juez Vio Grossi.<sup>95</sup> Ninguna de esas decisiones judiciales era reflejo de la costumbre internacional ni del acuerdo común de los Estados parte de la CADH respecto a la interpretación del tratado. Al respecto, habría que recordar que la misma Corte IDH afirma, por un lado, que las propias “convicciones religiosas o filosóficas” no pueden utilizarse “como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos”, pero el uso selectivo de las sentencias que apoyan el razonamiento que los jueces desean plasmar como derecho, y la omisión de las que los contradicen, indican que, en el fondo, las convicciones filosóficas de los jueces están siendo empleadas como la fuente formal y primaria del derecho.<sup>96</sup>

## 6. Conclusiones

Como se analizó a lo largo de este artículo, la Corte IDH emplea las decisiones judiciales como fuente jurídica formal del DIDH y hace un uso parcial y selectivo de estas (tanto de cortes nacionales como internacionales).

La falta de una sólida fundamentación jurídica, asentada en la costumbre internacional o en el común acuerdo de los Estados sobre la interpretación de la CADH, en parte se basa en una aversión por parte de la Corte IDH al funcionamiento del DIDH, basado en el sistema del Estado soberano como esquema de organización política. Sin embargo, esta postura mezcla dos cuestiones distintas. Dejar una libertad absoluta a los Estados para que redefinan o anulen sus obligaciones internacionales arbitrariamente constituiría un *modus operandi* que haría inefectivo el DIDH, pero, como puntualiza Gerald Neuman (2008):

Los Estados de la OEA desplegaron un considerable esfuerzo al negociar y adoptar su propio tratado regional de derechos humanos. No redujeron el tratado a un mecanismo de aplicación local de los Pactos globales, y simplemente no delegaron a la Corte la tarea de adoptar cualquier estándar que eligiera de algún cuerpo futuro de textos de *soft law*. La colaboración continua entre la Corte y los

<sup>95</sup> Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 69.

<sup>96</sup> Al respecto, el Juez Vio Grossi añade: “Es por esa razón que este texto no es un pronunciamiento respecto a si procede o no los vínculos entre parejas del mismo sexo. Atendiéndose a la función de la Corte, cual es, declarar el Derecho Internacional aplicable, en particular, la Convención, tal cual se expresa y no de acuerdo a lo que se deseé que señale, este escrito se limita a señalar que los mencionados vínculos no están previstos en aquél ni en ésta, por lo que la decisión al respecto le compete a cada Estado” (Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, p. 72).

Estados miembro refuerza la autoridad de la Corte para definir las obligaciones estatales. La “humanización” del derecho internacional no ha ido tan lejos como para hacer que los tribunales internacionales de derechos humanos se autolegítimen sobre la base de su relación directa con seres humanos individuales. (pp. 200-201)

Si la Corte IDH ignora estas cuestiones, corre el riesgo de que sus decisiones se alejen cada vez más de la verdadera “realidad social” al interior de los Estados, pues sus planteamientos podrán ser afines a un grupo de personas, partidarios de este sistema desformalizado, pero entrará en tensión con el resto de la población y con la comunidad internacional. Además, la Corte IDH debería replantearse la utilización de este método y su compatibilidad con el control de convencionalidad, ya que una herramienta que aspire a dictar estándares uniformes en la región requerirá un rigor jurídico y analítico aún más exigente que el que se emplearía en decisiones judiciales que no aspiran a una labor tan ambiciosa.

## Bibliografía

- Abbott, K. W. y Snidal, D. (2000). Hard and Soft Law in International Governance. *International Organ*, 54(3), 421-456.
- Abrusci, E. (2022). *Judicial Convergence and Fragmentation in International Human Rights Law: The Regional Systems and the United Nations Human Rights Committee*. Cambridge University Press.
- Ajevski, M. (2014). Fragmentation in International Human Rights Law – Beyond Conflict of Laws. *Nordic Journal of Human Rights*, 32(2), 87-98.
- Alter, K. J. (2014). *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*. Princeton University Press.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2014). *La protección internacional para las personas LGBTI*. <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2022/02/06-Los-derechos-humanos-de-las-personas-LGBTI.pdf>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2015). *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/29/23.
- Benavides-Casals, M. A. (2015). El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (27), 141-166.
- Bernal Pulido, C. (2021). Tres desafíos de legitimidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *International Journal of Constitutional Law*, 19(4), 1213-1217.

- Besson, S. (2010). Theorizing the Sources of International Law. En Besson, S. y Tasioulas, J. (Eds.), *The Philosophy of International Law* (pp. 163-185). Oxford University Press.
- Bianchi, A. (2013). *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford University Press.
- Bing Bing, J. (2001). Judicial decisions as a source of international law and the defence of duress in murder or other cases arising from armed conflict. En Yee, S. y Tieya, W. (Eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei* (pp. 77-99). Routledge.
- Bukovská, B. (2008). Perpetrando el bien. Las consecuencias no deseadas en la defensa de los derechos humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 5(9), 6-21.
- Carozza, P. G. (2015). The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 5(1), 153- 170.
- De Casas, C. I. (2025). *El valor jurídico de los estándares internacionales de derechos humanos. Estudio desde la teoría de las fuentes del derecho internacional*. Thomson Reuters.
- Comisión de Derecho Internacional. (2006). *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law, A/CN.4/L.682 and Corr.1*.
- Comisión de Derecho Internacional. (2018a). *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries (A/73/10)*.
- Comisión de Derecho Internacional. (2018b). *Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, with Commentaries (A/73/10)*.
- Comité de Derechos Humanos. (1988). Observación General No. 16: Derecho a la intimidad (Artículo 17), HRC/GEN/1/Rev.9.
- Comité de Derechos Humanos. (1990). Observación General No. 19: La familia (Artículo 23), HRC/GEN/1/Rev.9.
- Comité de los Derechos del Niño. (2006). Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1994). Recomendación General No. 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares.
- Chinkin, C. (2010). Sources. En Moeckli, D., Shah, S. y Sivakumaran, S. (Eds.), *International Human Rights Law* (pp. 103-123). Oxford University Press.
- Contesse, J. (2017). The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 15(1), 414-435.
- Cuentanos.org. (s.f.). ¿Qué son los principios de Yogyakarta y por qué yo como LGBTIQA+ debo conocerlos? <https://guatemala.cuentanos.org/es/articles/5967158847773>
- D'Aspremont, J. (2008). Softness in international law: A self-serving quest for new legal materials. *European Journal of International Law*, 19(5), 1075-1093. <https://doi.org/10.1093/ejil/chn057>
- D'Aspremont, J. (2011a). *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford University Press.
- D'Aspremont, J. (2011b). The Politics of Deformalization in International Law. *Goettingen Journal of International Law*, 3(2), 503-550. <https://doi.org/10.3249/1868-1581-3-2-aspremont>
- D'Aspremont, J. y AAlberts, T. (2012). Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks. *Leiden Journal of International Law*, 25(2), 309-312.

- Fitzmaurice, M. (2018). The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: The Journey from the Past to the Present. En D'Aspremont, J. y Besson, S. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (pp. 179-199). Oxford University Press.
- Fuenzalida Bascuñán, S. (2015). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 28(1), 171-192.
- Gaeta, P., Viñuales, J. E. y Zappalá, S. (2020). *Cassese's International Law*. Oxford University Press.
- García Escobar, G. (2024a). Fragmentation in the European and Inter-American Human Rights Courts Regarding the Scope of Religious Autonomy: An Analysis of the Use of Sources and Methodologies. *Oxford Journal of Law and Religion*, 13(1), 67-84.
- García Escobar, G. (2024b). *Plurality as the Core of Human Rights Universality: Rediscovering the Spirit of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 through the Right to Self-Determination*. Peter Lang.
- Garcia Salmones Revira, M. (2018). Sources in the Anti-Formalist Tradition: A Prelude to Institutional Discourses in International Law. En D'Aspremont, J. y Besson, S. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (pp. 203-224). Oxford University Press.
- Gardner, J. C. (1935). Judicial Precedent in the Making of International Public Law. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 17(4), 251-259.
- Georgas, J. (2011). Differences and universals in families across cultures. En Van de Vijver, F., Chasiotis, A. y Breugelmans, S. (Eds.), *Fundamental Questions in Cross-Cultural Psychology* (pp. 341-375). Cambridge University Press.
- Georgas, J. y Poortinga, Y. (2005). Family portraits from 30 countries: an overview. En Georgas, J., Berry, J. W., Van de Vijver, F., Kagitcibasi, C. y Poortinga, Y. (Eds.), *Families Across Cultures: A 30-Nation Psychological Study* (pp. 90-99). Cambridge University Press.
- Glendon, M. A. (1998). Knowing the Universal Declaration of Human Rights. *Notre Dame Law Review*, 73(5), 1153-1190.
- Glendon, M. A. (2002). *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. Random House Trade Paperbacks.
- González Domínguez, P. (2017). Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(17), 719-750. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2017.17.11050>
- Guillaume, G. (2011). The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. *Journal of International Dispute Settlement*, 2(1), 5-23.
- Henríquez, T. (2017). La política y politización de los derechos humanos. En Schalper, D. (Ed.), *Desarrollo humano y solidario: nuevas ideas para Chile* (pp. 1-27). Fundación IdeaPaís.
- Higgins, R. (1995). *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford University Press.
- Jennings, R. Y. (1996). The Judiciary, International and National, and the Development of International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 45(1), 1-12.
- Kaplan, S. D. (2018). *Human Rights in Thick and Thin Societies: Universality without Uniformity*. Cambridge University Press.
- Koskenniemi, M. (2010). Whose intolerance, which democracy? En Fox, G. H. y Roth, B.

- (Eds.), *Democratic Governance and International Law* (pp. 436-440). Cambridge University Press.
- López Hurtado, C. (2001). ¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos del Derecho Internacional? Reservas y denuncias de tratados de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1, 247-289.
- Malarino, E. (2012). Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, 12(4), 665-695.
- McGrogan, D. (2014). On the Interpretation of Human Rights Treaties and Subsequent Practice. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32(4), 347-378.
- McWhinney, E. (2006). The International Court of Justice and International Law-making: The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy. *Chinese Journal of International Law*, 5(1), 3-13.
- Mechlem, K. (2009). Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 42, 905-947.
- Naciones Unidas. (1994). *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. 5 a 13 de septiembre de 1994*, El Cairo, Egipto. <https://www.un.org/es/conferences/population/cairo1994>
- Naciones Unidas. (1995). Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>
- Nash Rojas, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 19, 489-509.
- Neuman, G. L. (2008). Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, 19.
- Nollkaemper, A. (2003). Decisions of National Courts as Sources of International Law: An Analysis of the Practice of the ICTY. En Boas, G. y Schabas, W. (Eds.), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY* (pp. 277-296). Martinus Nijhoff.
- Nolte, G. (2013). Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings: Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time. En Nolte, G. (Ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (pp. 307-386). Oxford University Press.
- O'Flaherty, M. (2007). Towards integration of United Nations human rights treaty body recommendations: the rights-based approach model. En Baderin, M. A. y McCorquodale, R. (Eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action* (pp. 27-44). Oxford University Press.
- Parlamentarios para la Acción Global. (2018). *Los Principios de Yogyakarta diez años después*. <https://www.pgaction.org/es/news/yogyakarta-principles.html>
- Pauwelyn, J. (2006). Fragmentation of International Law. En Max Planck Encyclopedias of International Law. <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1406>
- Pedone, J. y Kloster, A. (2012). New Proposals for Human Rights Treaty Body Reform. *Journal of Transnational Law & Policy*, 22(1), 29-84.
- Pellet, A. (2001). "Droits-de-l'hommisme" et droit international. *Revue Droits Fondamentaux*, 1, 167-179.
- Poder Judicial de Chubut. (2017). *Principios de Yogyakarta +10*. [https://www.juschubut.gov.ar/images/OM/2022/Gate\\_YP10\\_SimplePages\\_Links\\_1.pdf](https://www.juschubut.gov.ar/images/OM/2022/Gate_YP10_SimplePages_Links_1.pdf)

- Ratti Medeña, F. (2021). Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 19(2), 3-37.
- Shahabuddeen, M. (2010). *Precedent in the World Court*. Cambridge University Press.
- Shany, Y. (2004). *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford University Press.
- Shaw, M. (2021). *International Law* (9<sup>a</sup> ed.). Cambridge University Press.
- Shelton, D. (2008). Soft Law. En Armstrong, D. (Ed.), *Routledge Handbook of International Law*. Routledge.
- Silva Abbott, M. (2018). ¿Es realmente viable el control de convencionalidad? *Revista Chilena de Derecho*, 45(3), 717-744.
- Silva Abbott, M. (2024a). *El control de convencionalidad y la transformación de los sistemas jurídicos interamericanos*. Tirant lo Blanch.
- Silva Abbott, M. (2024b). Lo que realmente importa no son los tratados, sino el modo en que funciona, en la práctica, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Ranieri de Cechini, D. y Calderone, S. (Eds.), *El aborto ante la Corte IDH: A propósito del caso “Beatriz vs. El Salvador”* (pp. 107-140). El Derecho.
- Silva Abbott, M. y Castali, L. (2016). ¿Se comporta la Corte Interamericana como Tribunal (Internacional)? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del caso “Artavia Murillo c/ Costa Rica”. *Prudentia Iuris*, 82, 19-58.
- Sinclair, I. (1984). *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester University Press.
- Sodero, E. (2012). Precedente e internacionalización del derecho constitucional. En Capaldo, G., Sieckmann, J. y Clérigo, L. (Eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional* (pp. 451-471). Eudeba.
- Suárez Osma, I. (2015). *Control de convencionalidad y autoprecendente interamericano*. Universidad de La Sabana.
- Suprema Corte de Justicia de México. (2022). *Protocolo para Juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales*. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-09/Protocolo%20OSIE-GCS%20digital%2012sep22.pdf>
- Tello Mendoza, J. A. (2023). *Control de convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho*. Tirant lo Blanch.
- Thirlway, H. (2019). *The Sources of International Law* (2<sup>a</sup> ed.). Oxford University Press.
- Ulfstein, G. (2013). Law-making by human rights treaty bodies. En Liivoja, R. y Petman, J. (Eds.), *International Law-making: Essays in Honour of Jan Klabbers* (pp. 249-259). Routledge.
- Venzke, I. (2012). *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*. Oxford University Press.
- Villiger, M. E. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff.
- Von Bogdandy, A. (2019). El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iurisgenerativo extraordinario. En Ferrer Mac-Gregor, E., Von Bogdandy, A., Morales Antoniazzi, M. y Saavedra Alessandri, P. (Eds.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de De-*

- rechos Humanos: Transformando realidades (pp. 25-56). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Von Bogdandy, A. y Venzke, I. (Eds.). (2011). *International Judicial Lawmaking*. Springer.
- Webb, P. (2013). *International Judicial Integration and Fragmentation*. Oxford University Press.
- Weiler, J. H. H. (2013). Lautsi: A reply. *International Journal of Constitutional Law*, 11(1), 230-233.
- Zambrano, P. (2024). "Artavia Murillo", "Beatriz", y la disolución del Rule of Law. En Ranieri de Cechini, D. y Calderone, S. (Eds.), *El aborto ante la Corte IDH: A propósito del caso "Beatriz vs. El Salvador"* (pp. 81-106) El Derecho.
- Zavala Achurra, M. E. (2020). Atrapada entre sistemas legales: valor del precedente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de La Facultad de Derecho*, 48(3), 1-27.

## **Legislación citada**

- Carta de las Naciones Unidas (26/06/1945).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (22/11/1969).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23/05/1969).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (04/11/1950).
- Declaración Universal De Derechos Humanos (10/12/1948).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/12/1966).

## **Jurisprudencia citada**

- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-214/16* (2016).
- Corte Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riff y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro vs. Costa Rica)*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- Corte Internacional de Justicia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971.
- Corte Internacional de Justicia, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009.
- Corte Suprema de Filipinas, *Falcis III v. Civil Registrar-General*, 861 Phil. 388 (2019).
- Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia N° 18-2018 de Sala de lo Constitucional, 11/01/2019.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá, N° 1042-16, 13/02/2023.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Ampliación en Revisión 704/2014* (2014).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Marckx vs. Bélgica*, núm. 6833/74, 13/06/1979.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Elsholz vs. Alemania*, núm. 25735/94, 13/07/2000.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Fedotova y otros vs. Rusia*, núm. 40792/10, 17/01/2023
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Goodwin vs. Reino Unido*, núm. 28957/95, 11/06/2002.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Keegan vs. Irlanda*, núm. 16969/90, 26/05/1994.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kroon y otros vs. Holanda*, núm. 18535/91, 27/10/1994.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Oliari y otros vs. Italia*, núm. 18766/11 y 36030/11, 21/07/2015.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Schalk y Kopf vs. Austria*, núm. 30141/04, 22/11/2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Şerife Yiğit vs. Turquía*, núm. 51264/99, 02/11/2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tyrer vs. Reino Unido*, núm. 5856/72, 25/04/1978.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *X, Y, Z vs. Reino Unido*, núm. 21830/93, 22/04/1997.
- Tribunal Constitucional de Perú, Pleno. Sentencia 676/2020, 03/11/2020.
- Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

## Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.