

Universidad Autónoma Juan Misael Saracho
Secretaría de Educación Continua
Departamento de Posgrado
Maestría en Derecho Constitucional y Derechos
Humanos



TESIS DE MAESTRIA

Control de Convencionalidad por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia 0076/2017 respecto al matrimonio igualitario.

RONALD ZELADA GUARACHI

Tesis de maestría, presentada a consideración de la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho, como requisito para optar el título de Master en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

Tarija – Bolivia
2021

HOJA DE APROBACIÓN

Título Tesis

Control de Convencionalidad por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia 0076/2017 respecto al matrimonio igualitario.

Postulante:

RONALD ZELADA GUARACHI

Tribunal Calificador:

Nombres y Apellidos
Tribunal

Nombres y Apellidos
Tribunal

Nombres y Apellidos
Tribunal

Tarija,dede 2021

El Tribunal Calificador del presente trabajo de maestría no se solidariza ni responsabiliza con la forma, términos, modos y expresiones vertidas en el mismo, siendo esta responsabilidad del autor.

DEDICATORIA

A mi madre, con mucho amor, admiración y gratitud por el apoyo y el cariño permanente que me hizo sentir durante mi formación.

A Kevin, Rafael y Thomas mis hijos a quienes amo y por su comprensión al permitirme desarrollar esta investigación, habiendo resignado horas de compañía y de orientación necesaria.

AGRADECIMIENTO

A Dios por bendecirme y guiar cada uno de mis pasos para lograr mis propósitos.

A todas las personas que me colaboraron para realizar mi tesis, muchas gracias.

A la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho, por brindarme la oportunidad de capacitarme.

RESUMEN

La Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017 de 9 de noviembre de 2017 emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, resolvió una acción de inconstitucionalidad abstracta, en relación a la Ley de Identidad de Género –Ley 807 de 21 de mayo de 2016- declarando la constitucionalidad de varios artículos de la referida Ley y la inconstitucionalidad del párrafo II del artículo 11 de la Ley 807 en su frase “...permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...”, que de manera indirecta no permitió el matrimonio de personas del mismo sexo.

Para el problema de investigación que consistente en establecer si el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia 0076/2017, realizó un control de convencionalidad de acuerdo al Bloque de Constitucionalidad establecido en la Constitución, además de otras sentencias del propio Tribunal Constitucional, o si no fue así, establecer sus razones.

Se escogió para el trabajo, la investigación bibliográfico – documental, empezando desde los orígenes del matrimonio hasta concepciones actuales, que muestran una transformación al igual que la sociedad, se partió de los inicios de los derechos humanos y su relación con el matrimonio igualitario, se estudió jurisprudencia internacional referente al matrimonio igualitario y los resultados en la aplicación de sus fallos, además del intenso debate en cuanto a los vinculantes que son las sentencias de la Corte Interamericana, y si lo son las Opiniones Consultivas que emite la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los efectos y responsabilidades que tiene un país al suscribir un convenio internacional de acuerdo a la Convención de Viena, de igual forma la obligación que tienen las entidades públicas de realizar un control de

convencionalidad y finalmente se investigó el litigio estratégico como una herramienta que fue utilizada por los activistas por los derechos civiles en su lucha de reivindicación de derechos de minorías.

ÍNDICE

PLELIMINARES

Hoja de aprobación.....	i
Hoja de advertencia.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Resumen.....	v
Índice de contenido.....	vii

CAPITULO I GENERALIDADES

1.1 Antecedentes.....	1
1.2 Planteamiento del problema.....	1
1.3 Objetivos.....	2
1.3.1 Objetivo general.....	2
1.3.2 Objetivos específicos.....	3
1.4 Justificación.....	3
1.5 Metodología.....	4

CAPITULO II MATRIMONIO Y MATRIMONIO IGUALITARIO

2.1 El Matrimonio.....	5
2.2 Evolución histórica del Matrimonio.....	7
2.2.1 El matrimonio en el derecho canónico.....	8
2.2.2 El matrimonio civil.....	8
2.3 Beneficios del matrimonio.....	9
2.4 El matrimonio en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el marco legal en Bolivia	9
2.4.1 El matrimonio en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	9
2.4.2 El matrimonio en la Constitución Política del Estado.....	9
2.4.3 El matrimonio en el Código de las Familias y del Proceso Familiar.....	10
2.5 El matrimonio igualitario en América Latina.....	10

CAPÍTULO III DERECHOS HUMANOS Y MATRIMONIO

3.1 Breve antecedente de los Derechos Humanos.....	12
3.2 Obligación de no discriminación.....	13
3.3 Principio de Igualdad.....	14

3.4 La Constitución Boliviana, el matrimonio igualitario y la obligación de ejercer el control de convencionalidad.....	16
---	----

**CAPÍTULO IV
LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y EL MATRIMONIO IGUALITARIO**

4.1 Estándares mínimos de protección interpuestos por la CIDH.....	20
4.1.1 En qué consisten los estándares mínimos.....	20
4.2 Criterios de la CADH en cuanto al matrimonio igualitario.....	20
4.2.1 La apreciación de la Corte IDH en los casos Atala Riffo y Niñas vs Chile.....	20
4.2.2 Duque vs Colombia.....	28
4.2.3 Opinión Consultiva OC-24/17 respecto a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.....	29
4.3 Otras sentencias relevantes en Derechos Humanos respecto al matrimonio igualitario.....	36
4.3.1 Obergefell Vs Hodges.....	36

**CAPÍTULO V
SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0076/2017**

5.1 Antecedentes de la sentencia 0076/2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional.....	41
5.1.1 Ley N° 807 de Identidad de Género.....	41
5.2 Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/20147.....	41
5.3 Análisis de la Sentencia 0076/2017 de acuerdo a las normas Y jurisprudencia de la Corte IDH.....	46

**CAPÍTULO VI
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

6.1 Antecedentes.....	48
6.2 Soberanía y convenios internacionales.....	51
6.3 Instrumentos y competencia de la Convención en la Interpretación de la CADH.....	52
6.3.1 Competencia contenciosa.....	52
6.3.2 Competencia consultiva.....	53
6.3.3 Diferencia entre la competencia contenciosa y consultiva.....	53
6.4 Opiniones consultivas, criterios en cuanto a su carácter Vinculante.....	54
6.4.1 Los dichos de la Corte Internacional de Derechos Humanos....	56

6.4.2 Los dichos de los padres fundadores del sistema Interamericano.....	57
6.4.3 El rol del control de convencionalidad.....	58
6.5 El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el orden Jurídico nacional.....	59
6.6 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.....	61
6.6.1 Jus cogens.....	61
6.6.2 Responsabilidad internacional del Estado.....	63
6.3.3 Momento en el cual se genera responsabilidad internacional del Estado.....	64

CAPÍTULO VII CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

7.1 Control de convencionalidad.....	65
7.1.1 Origen.....	65
7.1.2 Avances y desarrollo jurisprudencial.....	66
7.2 Margen nacional de apreciación.....	68
7.2.1 Definición.....	68
7.2.2 División del margen de apreciación.....	68
7.2.3 Carácter interno.....	69
7.2.4 Carácter externo.....	69
7.2.5 Origen.....	69
7.3 Margen de apreciación en la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	70
7.4 La supremacía constitucional y el margen nacional de Apreciación.....	71
7.4.1 Principio de supremacía.....	71
7.4.2 El bloque de Constitucionalidad en Bolivia.....	73
7.5 El futuro del margen de apreciación.....	74

CAPÍTULO VIII LITIGIO ESTRATÉGICO

8.1 Concepto.....	76
8.2 El litigio estratégico en EE.UU. casos emblemáticos.....	78
8.2.1 Wrown v. Board of Education.....	78
8.2.2 Obergefell: matrimonio para todos.....	80

CAPÍTULO IX

RESULTADOS.....	84
-----------------	----

CAPÍTULO X

CONCLUSIONES.....	88
-------------------	----

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	89
------------------------------	----

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

1.1 ANTECEDENTES

El concepto de familia, contrario a otras instituciones estáticas, por las transformaciones que ocurren en la sociedad, se fue modificando, de la misma forma el matrimonio como institución fue cambiando sustancialmente, por ejemplo, en la actualidad la falta de consentimiento es causal de nulidad en la mayoría de las legislaciones, aunque no siempre fue así. Muchas de estas transformaciones ocurrieron por el avance y reconocimiento de los derechos humanos y revisando la historia es evidente que este reconocimiento no fue fácil, sino producto de una lucha constante, ahí tenemos la Declaración de los Derechos del “Hombre”, producto de la Revolución Francesa, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y modificada en 1952 por “Declaración Universal de Derechos Humanos”, abarcando a hombres y mujeres. Ingresando a nuestro tema por estos Derechos Humanos, los seres humanos tienen derecho a constituir una familia, y la misma debe ser protegida por el Estado, de la misma forma el matrimonio es una institución protegida por el Estado, es así que, en base a jurisprudencia internacional y derecho comparado, se analizará al Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017, en cuanto a si se tomó en cuenta estos fallos.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Atala Riffo y Niñas vs. Chile y Duque vs. Colombia, determinó como una categoría de discriminación protegida por la Convención, las actuaciones que denigren a

las personas en razón tanto de la identidad de género como de la orientación sexual, abarcando esto a los derechos civiles y sociales, es así que los Estados que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), deben ajustar su conducta a la interpretación de la Convención, a fin de evitar una responsabilidad internacional en caso de interpretación adversa, nuestra Constitución Política, establece en cuanto a derechos humanos que si los convenios prevean normas más favorables, estos se aplicarán de manera preferente sobre la Constitución, es así que el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017, declaró La INCONSTITUCIONALIDAD del párrafo II del art. 11 de la Ley de Identidad de Género en su frase "...permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...", lo que significa indirectamente la inconstitucionalidad del matrimonio de personas del mismo sexo y una posible interpretación contraria a los fallos de la Corte IDH, puesto que podría considerarse que se mantuvo una forma de discriminación que de acuerdo a la Convención es una categoría protegida, en contra de las actuaciones que denigren a las personas en razón tanto de la identidad de género como de la orientación sexual, abarcando esto a los derechos civiles y sociales.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo general

Analizar la Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017 y las obligaciones asumidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a la aplicación del Control de Convencionalidad y los márgenes de apreciación nacional que declararon la inconstitucionalidad del párrafo II del Art. 11 de la Ley de Identidad de Género que indirectamente declara la inconstitucionalidad del matrimonio de personas del mismo sexo.

1.3.2 Objetivos específicos

- Analizar el marco jurídico constitucional boliviano en relación al matrimonio igualitario.
- Analizar los estándares mínimos de protección interpuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección uniones de personas del mismo sexo.
- Analizar los fundamentos jurídicos de la Sentencia 0076/2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional.
- Establecer si las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes.
- Analizar el margen de apreciación nacional en el contexto latinoamericano.
- Analizar el litigio estratégico en derechos humanos.

1.4 JUSTIFICACIÓN

Los Artículos 13-IV, 256 y 410-II de la Constitución Política del Estado, obligan al Control de Convencionalidad en materia de Derechos Humanos, debiendo la interpretación del Tribunal Constitucional Plurinacional, cumplir estándares mínimos respecto a las resoluciones que emite, en ese sentido se investigará si el Tribunal Constitucional Plurinacional, ha hecho una correcta interpretación de los fallos de la Convención en la Sentencia 0076/2017, cuando declaró la Inconstitucionalidad del párrafo II del Art. 11 de la Ley de Identidad de Género, limitando el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, políticos y civiles entre otros de personas homosexuales, al declarar la ilegalidad del matrimonio igualitario.

1.5 METODOLOGÍA

El presente trabajo de investigación analizará la evolución en cuanto al instituto denominado matrimonio, desde el punto de vista de varias culturas, legislaciones comparadas y la establecida en la normativa nacional, además de lo que se denomina matrimonio igualitario con la aplicación del control de convencionalidad.

El alcance de la investigación responde a una investigación descriptiva y analítica, se recolectará, ordenará y analizará toda la normativa nacional como la correspondiente a tratados internacionales suscritos por Bolivia, describiendo la normativa existente como la de los convenios referidos, analizando principios, jurisprudencia referidos a los Derechos Humanos en cuanto al matrimonio igualitario.

CAPÍTULO II

MATRIMONIO Y MATRIMONIO IGUALITARIO

2.1 EL MATRIMONIO

Un concepto tradicional define al matrimonio como: la unión de hombre y mujer que implica un acto jurídico que debe ser celebrado y revestido de solemnidades que la ley impone a los contrayentes, como acto jurídico el matrimonio responde a la libre voluntad de hombre y mujer, pero a la vez, la libre voluntad trasciende a la relación jurídica matrimonial, considerando también que esta relación jurídica está gobernada o debiera estarlo en la mayor medida posible por la autonomía de la voluntad que, permite a los cónyuges, si fracasan en su unión, rescindirlo revocarlo de acuerdo con las normas generales¹.

En relación al criterio referido, el Artículo 41 del abrogado Código de Familia, establecía en cuanto al matrimonio que la ley sólo reconoce el matrimonio civil, la cual debe celebrarse con los requisitos y formalidades referidos en ese Código². Se asume entonces una corriente contractual de esta institución como acto jurídico, aunque es necesario señalar la tesis que de acuerdo a Cicu (1947) leída en el trabajo de Bossert y Zannoni (2004), desvincula el matrimonio relacionada esta como un contrato, considerando al matrimonio como un acto de poder estatal, la cual afirma que el vínculo

¹ Bossert, G.A. y Zannoni E.A. (2004). *El Matrimonio como Acto Jurídico*. Manual de Derecho de Familia (pp. 78, 79). Editorial Astrea: Buenos Aires.

² Antiguo Código de Familia aprobado por DL 10426 de 23/08/1972, elevado a rango de Ley por Ley 996 de 04/04/1988 y abrogado por la Ley 603 de 19/11/2014 Código de las Familias y del Proceso Familiar. La nueva Ley en el párrafo I, establece “El matrimonio y la unión libre son instituciones sociales que dan lugar al vínculo conyugal o de convivencia, orientado a establecer un proyecto de vida en común, siempre que reúnan las condiciones establecidas en la Constitución Política del Estado y el presente Código, conllevan iguales efectos jurídicos tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los conyuges o convivientes, como respecto a las y los hijos adoptados o nacidos de aquellos”.

matrimonial no se constituye por el consentimiento de los contrayentes, sino por la voluntad del Estado, a través de la constitución del oficial público³, la voluntad de los contrayentes, no es más que la condición para el pronunciamiento del oficial público, siendo el Estado en cuanto al matrimonio civil, el que une a los contrayentes y no el consentimiento de éstos, puesto que legalmente es el Estado por medio de sus órganos el que constituye el vínculo⁴.

El vínculo exclusivo entre hombre y mujer en cuanto al matrimonio en la doctrina y legislación comparada, tomando en cuenta el avance en los Derechos Humanos y la no discriminación está modificándose, puesto que en aplicación del principio de igualdad y no discriminación, sin renunciar a su orientación sexual, las personas del mismo sexo pueden con la potestad que tiene el Estado y dentro de un marco jurídico, en las mismas circunstancias, y autonomía de voluntad, contraer matrimonio, este reconocimiento por parte de algunos Estados, se basa en el principio a la no discriminación, protegiendo de esta manera todas las formas de familia, pudiendo de esta manera sus contrayentes acceder a los beneficios de la institución del matrimonio, se tiene que señalar que en la experiencia mexicana, la Suprema Corte de la Nación de México en la Acción de inconstitucionalidad 2-2010 de 16/08/2010, esta decisión destacó que no existe un modelo de familia ideal debiéndose protegerse todas las formas y manifestaciones existentes de familia⁵.

³ Bossert y Zannoni. *Op. Cit.* pp. 80 - 81.

⁴ El Art. 157 Ley N 603, Código de las Familias y del proceso Familiar, establece que el matrimonio se celebrará por el Oficial de Registro Cívico, por tanto, es indudable que la sola voluntad de los contrayentes es insuficiente para los efectos jurídicos que conlleva el matrimonio.

⁵ Quintana Osuna, K. I. (2015) Matrimonio Igualitario en México. Su evolución desde la Judicatura. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. [en línea] Vol. 1 N° 1, Julio – Diciembre, pp 235. Fecha de consulta: 24 de enero de 2020. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/202006/12_QUINTANA_REVISTA%20CEC_01.pdf

Contemporáneamente, aparte de la todavía actual discusión en cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio respecto a si se trata de un contrato o una institución, una forma intermedia o un contrato sui generis, contando cada una de estas posiciones con sus propios fundamentos, se puede establecer que no existe un modelo de matrimonio universal, ya que cada sociedad tuvo particularidades en diferentes momentos de su historia, de acuerdo a Seda (2018) “una definición sencilla podría decir que el matrimonio es la unión de dos personas que comparten una relación amorosa que los lleva a transitar juntos por etapas vitales íntimas y trascendentes”⁶, claro es obvio que sin el reconocimiento del Estado esta unión no será protegida por la leyes⁷.

2.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MATRIMONIO

Su origen está relacionado al origen de la familia, las poblaciones antiguas la formalizaban a través de la ley y por la religión, respecto a los contrayentes se puede diferenciar entre el matrimonio monogámico del poligámico, en cuanto a la evolución histórica se tiene el matrimonio por raptó; el matrimonio por compra y el matrimonio por consentimiento; la primera solo dependía de la fuerza física del varón, en la segunda la mujer para los padres tenía un valor similar a una cosa, mediante la cual los padres pueden beneficiarse materialmente y finalmente a través de la tercera, el matrimonio solo es determinado por la voluntad de la mujer⁸.

⁶ Bossert y Zannoni. *Op. Cit.* pp. 53.

⁷ Para el propósito del presente trabajo se investiga la preminencia de la autoridad estatal y el matrimonio como institución, donde la voluntad individual no tiene incidencia determinante, dándose por sobreentendido entre los contrayentes, además del cambio fundamental en la discusión en cuanto a la celebración de “hombre y mujer” por “dos personas” independientemente de su género, aunque manteniéndose la discusión y debate respecto a si el matrimonio es un contrato, una institución, una forma intermedia o un contrato sui generis.

⁸ Belluscio, A.C. (2002) *El Matrimonio, Nociones Generales*, Manuel de Derecho de Familia (pp. 172, 173). Editorial Astrea: Buenos Aires.

2.2.1 El matrimonio en el derecho canónico

Era considerada una institución de derecho natural, elevado a sacramento por Jesucristo, si bien la calidad de sacramento fue negada por Lutero y Calvino, el mismo fue confirmado en varios concilios, es de resaltar el canon 1055 que expresaba que la alianza matrimonial constituía un consorcio de toda la vida, otro canon el 1096, refiriéndose a los fines del matrimonio, ordenaba a la procreación de la prole. Un aspecto a tomar en cuenta es que los fieles deben estar bautizados, este es un requisito para ser considerado un sacramento. La cuestión de la monogamia con el concepto de unidad en el derecho canónico, es una propiedad esencial para el mismo⁹.

2.2.2 El matrimonio civil

El advenimiento de la Reforma creó el matrimonio civil moderno que negó como sacramento el matrimonio, manteniendo, aunque con modificaciones la reglamentación del derecho canónico. Fue en Holanda en 1580, donde se estableció el matrimonio civil, que luego pasó a Inglaterra en 1652 y a Francia en 1787, donde posterior a la Revolución Francesa se impuso que su legislación debía estar a cargo exclusivamente del Estado, es así que en 1792 se estableció el matrimonio civil obligatorio y con la aplicación del Código Napoleón, el matrimonio civil se fue difundiendo en Europa, y en el curso del siglo XIX fue adoptado por toda Europa y posteriormente por países americanos¹⁰. Con todos estos antecedentes de acuerdo a Terrazas Torres (1959) es evidente la innegable influencia del Código Napoleón en nuestro primer Código Civil Santa Cruz de 1831¹¹.

⁹ *Ibid*, pp. 174

¹⁰ *Ibid*

¹¹ Guardia, A. (2003). La codificación boliviana: una respuesta jurídica al liberalismo, *Revista Politeia*, Nº 31, Julio - diciembre, pp. 74.

2.3 BENEFICIOS DEL MATRIMONIO

Cualquier ciudadano mayor de edad cuenta con la institución jurídica del matrimonio para sus relaciones afectivas, entonces el matrimonio permite acceder a la protección por parte del Estado para su relación afectiva, también con el derecho de asistencia, la comunidad de gananciales y bienes comunes.

2.4 EL MATRIMONIO EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL MARCO LEGAL EN BOLIVIA

2.4.1 El matrimonio en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El derecho a constituir matrimonio se encuentra consagrado dentro del ámbito de los Derechos Humanos, y precisamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 17 establece: “La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, en su segundo párrafo, indica que “Se reconoce el derecho al varón y la mujer de contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en la Convención.”

2.4.2 El matrimonio en la Constitución Política del Estado

La Constitución Política del Estado en cuanto al matrimonio en el artículo 63 establece:

- I. El matrimonio entre una mujer y un varón se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

- II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un varón sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas¹².

La redacción es prosaica cuando aclara que el matrimonio es entre una mujer y un varón, algo que siempre se ha sabido y también cumplido¹³.

2.4.3 El matrimonio en el Código de las Familias y del proceso Familiar

La Ley 603 Código de las Familias y del Proceso Familiar de 19 de noviembre de 2014, artículo 137.I establece:

El matrimonio y la unión libre son instituciones sociales que dan lugar al vínculo conyugal o de convivencia, orientado a establecer un proyecto de vida en común, siempre que reúnan las condiciones establecidas en la Constitución Política del Estado y el presente Código, conllevan iguales efectos jurídicos tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges o convivientes, como respecto a las y los hijos adoptados o nacidos de aquellos.

2.5 EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN AMÉRICA LATINA

Para julio de 2020, siete países en Latinoamérica ya sea por vía legislativa o judicial reconocen el matrimonio igualitario, Argentina (2010), Brasil (2013), Uruguay (2013), Colombia (2016), Ecuador (2019) siendo el último país Costa Rica (2020), México no cuenta con una Ley Federal aunque desde la gestión 2010 se celebran en el Gobierno de Ciudad de México, donde posteriormente varios estados fueron reformando su legislación¹⁴. En Argentina y Uruguay fue

¹² *Constitución Política del Estado*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Gráfica Chucamanis. Sucre.

¹³ Baldiviezo, R. (2010), Apuntes sobre la reforma constitucional en Bolivia. *Revista Boliviana de Derecho*, N 9. Enero, pp 25.

¹⁴ Sieteiglesias, E. (2020) ¿En qué países está legalizado el matrimonio homosexual? Fecha de consulta, 17 de agosto de 2020, de <https://www.larazon.es/internacional/20200527/qig63pwabved5eq3xrztk46ijm.html>

a través de iniciativa del Poder Legislativo para la modificación de las normas, Chile en su legislación reconoce las uniones civiles que es una institución diferente del matrimonio igualitario¹⁵.

¹⁵ Quintana Osuna, K. I. (2015) La evolución judicial del matrimonio igualitario en México. Su impacto en el reconocimiento de derechos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. [en línea] Vol. 1 N° 1, Julio – Diciembre, pp 232. Fecha de consulta: 24 de enero de 2020. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/202006/12_QUINTANA_REVISTA%20CEC_01.pdf

CAPÍTULO III

DERECHOS HUMANOS Y MATRIMONIO

3.1 BREVE ANTECEDENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS

La historia de la humanidad fue y es generalmente una continua lucha de varones y mujeres por conseguir el máximo gozo de derechos por el solo hecho de ser personas, quienes buscan el cumplimiento de sus derechos fundamentales que son lo que actualmente se conocen como “derechos humanos”, aunque con el avance de la historia tanto su concepto, ámbito de desarrollo y su protección, fueron abarcando mayor reconocimiento de derechos¹⁶, donde refiriéndonos específicamente a la cultura occidental, es evidente que los grandes cambios se originaron tras grandes convulsiones como la Revolución Francesa que dio origen a la “*Declaración Universal de Derechos del Hombre*”, que en 1948 tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde posteriormente en 1952 fue modificada por la “*Declaración Universal de Derechos Humanos*”, como una forma de que la misma abarque a varones y mujeres¹⁷⁻¹⁸.

La Declaración establece en su artículo 7º “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”¹⁹.

¹⁶ Túnnerman Bernheim, C. (1997), *Evolución histórica de los derechos humanos*. Los Derechos Humanos: evolución histórica y reto educativo, (pp. 7) Editorial CRESALC/UNESCO. Caracas.

¹⁷ *Ibid*, pp. 8

¹⁸ Previamente se firmó la Carta de la Organización de Naciones Unidas, en fecha 26 de junio de 1945.

¹⁹ Naciones Unidas, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Fecha de Consulta, 3 de marzo de 2020. de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

La Declaración Universal de Derechos Humanos es sin duda uno de los principales instrumentos para la no discriminación por cualquier motivo, incluyendo claro está la orientación sexual, sirviendo de marco general para que los Estados a finales del siglo XX, recién hicieran efectiva la legalización de uniones civiles de parejas del mismo género, y recién a partir del año 2001, específicamente en Holanda y posteriormente otros Estados de Europa, dieran legalidad al matrimonio entre personas del mismo sexo y en el continente americano el primer país en legalizar los matrimonios de personas del mismo sexo fue Canadá en el año 2005, siendo necesario resaltar que algunos países para su legalización tuvieron largos conflictos con sus Tribunales Supremos de Justicia, aunque fueron también en otros casos, estos órganos jurisdiccionales quienes establecieron su constitucionalidad como una forma de no discriminación, como fue el caso de Sudáfrica donde tuvo que intervenir su Tribunal Constitucional, que a través de una sentencia convirtió a este país como el primero de África en darle un marco legal, en Latinoamérica fueron México y después Argentina los países pioneros que formalizaron el matrimonio homosexual²⁰.

3.2 OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el Artículo 1° lo siguiente:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color,

²⁰ Bustillos, J. (2011). Derechos Humanos y Protección Constitucional. Breve estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México y en perspectiva comparada, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N 132, septiembre - diciembre, pp 1020.

sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social²¹.

Este artículo de la Convención expone de manera clara uno de los principios fundamentales de los Derechos Humanos en cuanto a la no discriminación e igualdad, donde además el Artículo 24 de la Convención establece que todas las personas son iguales ante la ley sin ningún tipo de discriminación²², en ese sentido discriminar es distinguir y es injustificable, por ejemplo rechazar a una persona para una oferta de trabajo, por el solo hecho del color de su piel es injustificable desde cualquier punto de vista lógico y objetivo y negar un crédito a una persona por tener una enfermedad terminal, puede tener motivos objetivos y lógicos, aunque es repudiable por motivos morales²³.

3.3 PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación es una de las más recurridas en cuanto a tratados internacionales sobre Derechos Humanos por Ej.

Carta de la OEA (artículo 3.I); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 3); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículos 4.f, 6 y 8.b); Convención

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica*. Fecha de Consulta 4 de marzo de 2020, de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

²² *ibid*

²³ Hottois, G. (2007). La diversidad sin discriminación: entre modernidad y posmodernidad, *Revista Colombiana de Bioética*, Vol. 2, Nº 2. pp 48 - 49.

Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículos I.2.a, II, III, IV y V); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1.1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43.1, 43.2, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5, 7 a 16); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 14); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1)²⁴.

²⁴ Andreu, F., Ibáñez, J. M., Antkowiak, T., Martins, L., Ayala, C., Mujica, J., Beloff, M., Nash, C., Bertoni, E., Nuño, A., Caballero, J. L., Pelayo, C., Casal, J. M., Rábago, M., Correa, C., Rivero, M., Courtis, C., Rodríguez, G., Donoso, G., Ruiz, O., Dulitzky, A., Sagüés, N., Elizalde, P., Sánchez, L. M., Ferrer Mac-Gregor, E., Tojo, L., Gonza, A., Uprimny, R., Huaco, M. y Zelada, C., (2014). *Artículo 24*.

Se debe señalar que los tratados no establecen expresamente el principio de igualdad y no discriminación en una sola fórmula, por esa razón y tal como el CADH establece, el artículo 1° es una cláusula subordinada de igualdad como una garantía que suple a los demás derechos y libertades establecidos, en cambio el artículo 24°, es una cláusula que establece a la “igualdad como un derecho independiente que está garantizado en sí mismo y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido en el pacto”, entonces el artículo 1ro es una cláusula dependiente de igualdad, en cambio el artículo 24 es una cláusula independiente²⁵.

Finalmente se debe establecer que el principio de igualdad y no discriminación al igual que los Derechos Humanos no son estáticos, al contrario son derechos dinámicos, hay una transformación constante, por ejemplo respecto a la no discriminación la mayoría de los convenios se refieren a raza, sexo, idioma, religión, no estableciendo expresamente de identidad sexual, en ese sentido se puede señalar que los derechos humanos son “*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas*” (Apud Taleva Orlando)²⁶.

3.4. LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA, EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA OBLIGACIÓN DE EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Igualdad ante la Ley. En s. Christian y U. Patricia. Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentarios (pp.580). ed. Plural, La Paz.

²⁵ *Ibid*, pp. 583

²⁶ Estefan Vargas, S. (2013). Discriminación estatal de la población LGBT. Casos de transgresiones a los Derechos Humanos en Latinoamérica. *Revista Sociedad y Economía*, N° 25. Octubre, pp. 185.

La CPE de nuestro país si bien en el artículo 63 brinda una protección jurídica al matrimonio y la unión libre a parejas heterosexuales, también debe en aplicación de otros artículos de la misma CPE relacionados a los principios en cuanto a igualdad y no discriminación, proteger a las parejas del mismo sexo, puesto que hay una parte de la población boliviana que indudablemente fue y es discriminada en la actualidad, mereciendo estas personas protección jurídica en aplicación reiteramos de la misma Constitución.

Lo manifestado en el marco de la garantía de igualdad material, la realidad nos muestra que no es suficiente hablar de igualdad ante la ley, puesto que cuando las personas no son iguales en la vida, la sola declaración formal de igualdad de todos ante la ley deja de ser eficaz, convirtiéndose en una simple formalidad, que no puede ser concebido en un sistema democrático donde las personas que si bien tienen igualdad ante la ley, no cuentan con mecanismos, herramientas, medios eficaces para ejercer plenamente sus derechos²⁷. Para este propósito se tiene un instrumento legitimizado por el poder constituyente que es el control de convencionalidad, en virtud del cual, para lograr esta protección eficaz, las autoridades judiciales en el Estado Plurinacional de Bolivia, deberán garantizar una protección jurídica eficaz a parejas del mismo sexo de acuerdo a su avance y progresividad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en efecto, la Constitución Política del Estado, contiene pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos en los artículos 410; 14; 13.I, 13.IV y 256.

Por lo referido en cuanto al artículo 410 de la Constitución, la cual consagra el bloque de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante la SC 0110/2010-R, interpreta el referido artículo, señalando que forma parte del bloque de constitucionalidad no solamente el

²⁷ Seco Martínez, J. M., (2017). De la igualdad formal a la igualdad material cuestiones previas y problemas a revisar. *Revista Derechos y Libertades*, Nº 36. Enero, pp. 68.

texto constitución aprobado por referendo constitucional el año 2009, sino también los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y también los estándares internacionales referentes a derechos humanos como es el caso de los precedentes emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸. En ese sentido a partir de la doctrina del bloque de constitucionalidad, pueden protegerse los derechos de parejas del mismo sexo, en ese sentido el artículo 63 CPE, debe ser interpretada en conjunción con el artículo 410 de la Constitución y de la SC 0110/2010-R que desarrolla la doctrina del bloque de constitucionalidad.

El artículo 13.IV de la Constitución Política del Estado, también establece que la interpretación de derechos debe ser conforme a los Tratados Internacionales de derechos humanos, en ese sentido lo establecido en el artículo 63 de la Constitución, no puede ser interpretado sin tomar en cuenta el parámetro de convencionalidad, y conforme a los principios de igual protección de la ley, la protección jurídica también debe alcanzar a parejas del mismo sexo.

La importancia del artículo 256 de la CPE, es otra cláusula fundamental en la interpretación de derechos, con este artículo constitucional hace referencia a dos principios esenciales en cuanto a la temática de referencia. El principio de favorabilidad y el método de aplicación preferente de derechos y es así que por el principio de favorabilidad, los jueces en su interpretación deben asumir en cuanto a que los derechos sean más favorables y progresivos, esta favorabilidad señalada depende recíprocamente del artículo 14.II CPE, que protege a colectivos históricamente discriminados o con menos recursos, por tanto esta favorabilidad establecida en el artículo 225 CPE, tiene

²⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 0110/2010-R, 10 de mayo, Expediente 2006-13381-27-RAC.

la finalidad de garantizar la igualdad material para que de esta manera se evite cualquier tipo de discriminación o trato diferenciado arbitrario²⁹.

Con lo señalado, el artículo 63 de la Constitución no debe ser interpretado restrictivamente, porque esta forma de interpretación no correspondería a lo establecido en el artículo 256 de la Constitución Política, sino por el contrario, la autoridad jurisdiccional, debe realizar una interpretación acorde a los principios referidos es decir, de manera progresiva y favorable con muchos énfasis a colectivos históricamente discriminados como son las personas con orientación sexual diferente a la heterosexual, para evitar así conductas marcadas por la discriminación y por su condición³⁰.

En un capítulo posterior nos referiremos a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrolló como precedente la doctrina del control de convencionalidad en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*³¹, en esta sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que todas las autoridades judiciales de un Estado parte, en el marco del principio de efectividad deben en cumplimiento de sus obligaciones, ejercer un control de convencionalidad.

²⁹ Serrudo Santelices, P. “La protección jurídica a parejas del mismo sexo: Su fundamento en la Constitución democrática boliviana de 2009”. 2018 material del Módulo la Protección internacional de los Derechos Humanos, maestría “Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Procesal Constitucional”

³⁰ *Ibid*

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Fecha de consulta, 23 de marzo de 2020, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

CAPÍTULO IV

LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y EL MATRIMONIO IGUALITARIO

4.1 ESTÁNDARES MÍNIMOS DE PROTECCIÓN INTERPUESTOS POR LA CORTE IDH

4.1.1 En qué consisten los estándares mínimos

Entendiendo por estándar a un tipo, modelo, patrón, nivel³², el término mínimo nos lleva a que en algún momento se llegará a derechos humanos plenos y en ese sentido las normas, resoluciones, declaraciones, sentencias, recomendaciones, informes emitidos por organismos relacionados a derechos humanos, tienen la finalidad de concretar en el tiempo y espacio estos derechos, denominándose los estándares de derechos humanos³³.

Estas normas sobre derechos humanos se consideran como un conjunto de estándares mínimos, puesto que la emisión de sistemas normativos de reenvíos hacia otros sistemas de ordenamiento de derechos humanos, consiguen que se vayan integrando, ya que se amplía su cobertura a favor de otras personas.

4.2 CRITERIOS DE LA CADH EN CUANTO AL MATRIMONIO IGUALITARIO

4.2.1 La apreciación de la Corte IDH en los casos Atala Riffo y Niñas vs Chile

En fecha 24 de noviembre de 2004 fue presentada ante la Comisión interamericana de Derechos Humanos por la señora Karen Atala Riffo una

³² Diccionario Enciclopédico Universal (1993). Cultural, S.A. Ediciones. Madrid.

³³ De Casas, C. I. (2019). ¿Qué son los estándares de derechos humanos? *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 9, Nº 36. pp. 294.

denuncia en relación a un proceso iniciado por el padre (anterior pareja) por custodia ventilado en los tribunales chilenos, por la custodia de las niñas M., V. y R., en contra de la señora Atala, manifestando que por su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a sus hijas, en fecha 17 de septiembre de 2010 la Comisión Interamericana presentó una demanda contra el Estado de Chile, alegando que el caso está relacionado con la responsabilidad internacional del Estado, por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar debido a su orientación sexual, mientras se dilucidó el proceso judicial en contra de la Sra. Atala, que concluyó con el retiro de la custodia de sus hijas, pues se habrían basado en conceptos prejuiciosos y discriminatorios.

La demanda fue notificada al Estado el 19 de octubre de 2010, los representantes de la señora Atala en la demanda solicitaron al Tribunal que *“declara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17 (Protección de la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma. En consecuencia, requirieron a la Corte que ordene diversas medidas de reparación”*³⁴.

La Corte preliminarmente estableció que en este caso el objeto no fue dirimir cuál de los padres ofrecían un mejor hogar para sus hijas, sino en cuanto a: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala.

En cuanto al proceso de tuición, el matrimonio entre la madre y el padre de las niñas fue celebrado en 29 de marzo de 1993, las hijas nacieron en los

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fecha de consulta, 9 de abril de 2020, de <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2020/06/caso-atala-riffo.pdf>

años 1994, 1998 y 1999, la Sra. Atala de un matrimonio anterior ya tenía un hijo mayor. En marzo del 2002 mediante una separación de hecho decidieron finalizar su matrimonio, la custodia de las niñas recayó en la señora Atala con un régimen de visita semanal para el padre que fue establecido de mutuo acuerdo y desde noviembre del mismo año la Sra. Atala empezó a convivir con su compañera sentimental junto a sus tres hijas y su hijo mayor.

En enero de 2003 se interpuso una demanda por la custodia de las niñas por parte del padre al considerar que el “desarrollo físico y emocional de las niñas estarían en peligro” de continuar con la tuición de la madre, puesto que su opción de vida sexual y la convivencia lésbica con otra mujer traerían consecuencias dañinas en el desarrollo de sus hijas, pues se estaba desnaturalizando el sentido natural de familia, además de sus hijas estarían “expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes [y al] sida”³⁵. El padre solicitó una tuición provisoria, el juzgado donde se tramitó la causa concedió la tuición provisional, regulando las visitas de la madre, en fecha 8 de mayo de 2003 la señora Atala entregó sus hijas al padre en cumplimiento de lo resuelto por el juzgado de menores.

El juzgado en fecha 29 de octubre de 2003 en Sentencia de primera instancia, rechazó la demanda de tuición, considerando que la orientación sexual de la Sra. Atala, no le impedía amar a sus hijas y por tanto asumir su rol materno, además que la homosexualidad no estaba considerada como una patología psiquiátrica, y en cuanto al riesgo de las niñas a contraer enfermedades de transmisión sexual se consideró en base a certificados médicos que la Sra. Atala y su pareja no padecían dichas enfermedades, y respecto a la discriminación que podrían sufrir las niñas, por las testificales se estableció que no fueron objeto de discriminación y una resolución debe fundarse en hechos ciertos y probados y no en meras suposiciones.

³⁵ *Ibid*

El tribunal de menores de Villarica ordenó la entrega de las niñas a la Sra. Atala en fecha 18 de diciembre de 2003, ante esta Sentencia el padre de las niñas interpuso un recurso de apelación y una solicitud provisional de no innovar, se cuestionó esta medida puesto que la orden de no innovar en el sistema procesal chileno no sirve para mantener una innovación, es decir para el caso quitar la tuición de la Sra. Atala sobre sus hijas, sino para mantener el statu quo, y esto significaba que la madre tendría el cuidado de sus hijas³⁶, y la corte de apelaciones de Temuco mantuvo la custodia con el padre y posteriormente esta Corte confirmó la Sentencia apelada.

La Corte Suprema de Justicia de Chile en fallo dividido el 31 de mayo de 2004 acogió el recurso de queja planteada por el padre de las niñas, concediendo la tuición definitiva al padre, los argumentos fueron: el primordial interés superior de los niños sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores; la norma por la cual el Código Civil chileno establece que en caso de que los padres vivan separados, el cuidado de los hijos corresponde a la madre tiene excepción; la convivencia de la madre con su nueva pareja donde muestra explícitamente su condición homosexual, que no merece reproche jurídico, muestra que interpuso sus propios intereses postergando la de su hijas, que pueden causar efectos en su desarrollo psíquico y emocional y un riesgo para el desarrollo integral de las menores.

La Comisión estableció de manera preliminar que para el caso, no les correspondía determinar si el padre o la madre ofrecían un mejor hogar para sus hijas, correspondiendo este asunto al derecho interno chileno, siendo el propósito de la Comisión definir “*si las autoridades judiciales han afectado o no obligaciones estipuladas en la Convención*”³⁷.

³⁶ Marín González, J. C., (2011). El Recurso de Queja y la orden de no innovar a propósito del caso Atala. *Revista de Estudios de la Justicia – Universidad de Chile*, Nº 15. pp. 276.

³⁷ CIDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. pp. 25.

Con todos estos antecedentes la Convención alegó que “*existe un amplio reconocimiento en los Estados americanos en el sentido de que la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra prohibida*”, y que fue este un elemento esencial para de la Corte Suprema de Justicia de Chile, por la cual no debía conservar la custodia de sus hijas, se hizo una distinción en base a la orientación sexual de la Sra. Atala, algo contrario al artículo 24 de la Convención que prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, incumpliendo a la vez el artículo 1.1 de la Convención, puesto que en su redacción “cualquier otra condición social” debe ser interpretada con lo más favorable a la persona considerando la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo³⁸.

La Comisión estableció que tanto la Corte Suprema y el Juzgado de Menores de Villarrica, sustentaron sus decisiones en estereotipos en cuanto a las personas del mismo sexo, es indudable que el principio de interés superior del niño es imperioso, aunque su sola referencia sin prueba no puede ser utilizado para restringir otros derechos humanos relacionados a la orientación sexual de la persona, en ese sentido “el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre la tuición o custodia”³⁹.

No se puede negar que hay sectores de la sociedad que son intolerantes en cuanto a la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual, aunque no pueden estos aspectos constituirse en elementos para perpetuar conductas discriminatorias, cuando los Estados por los convenios suscritos tienen la obligación de adoptar todas las medidas para que se respeten los derechos establecidos en la Convención en cuanto enfrentar todo tipo de discriminación

³⁸ *Ibid*, pp. 30-31.

³⁹ *Ibid*, pp.39.

y exclusión⁴⁰ y en el caso de la Sra. Atala, la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica al utilizar argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar su decisión discriminaron a la Sra. Atala, vulnerando el derecho a la igualdad consagrada en el artículo 24 en relación al artículo 1.1. de la Convención Americana⁴¹.

En cuanto a la vida privada de la Sra. Atala, que de acuerdo al artículo 11 de la Convención Americana, la misma “*abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares*”⁴². Por tanto la interferencia en la vida privada de la Sra. Atala por parte del Estado, con prejuicios discriminatorios fueron determinantes para privarla de la custodia de sus hijas, donde si bien la vida privada no es un derecho absoluto, ya que pueden ser restringidos por el Estado, las mismas deben estar previstas en la Ley, cumpliendo los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, vulnerándose también los artículos 11.2 y 17.1 en relación al artículo 1.1 de la Convención Americana también en relación con el artículo 19 de la Convención, puesto que la Sra. Atala fue separada de su hijas de manera no justificada⁴³.

Es necesario resaltar que si un Estado es parte de un tratado internacional, todos sus instituciones, que incluyen a su órgano judicial, están obligados a cumplir sus disposiciones, en ese sentido “*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana*”, debiendo los administradores de justicia “*tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación*

⁴⁰ *Ibid*, pp. 42.

⁴¹ *Ibid*, pp. 50.

⁴² *Ibid*, pp. 52.

⁴³ *Ibid*, pp. 57 – 58.

*que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*⁴⁴.

Con estos antecedentes la Corte declaró entre otros: Que el Estado Chileno es responsable por la violación al derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención en perjuicio de Karen Atala Riffo; Es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención en perjuicio de las niñas M., V. y R.; Es responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención en perjuicio de Karen Atala Riffo; Es responsable por la violación de la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención en perjuicio de Karen Atala.

En cuanto a las reparaciones, la Corte CIDH estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado chileno las siguientes medidas de reparación:

i) brindar la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten; ii) publicar el presente resumen oficial de la Sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de la Sentencia en un sitio web oficial; iii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; iv) continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, y v) pagar determinadas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda.

⁴⁴ *Ibid*, pp. 82.

El fallo de Corte CIDH utilizó por primera vez en su evolución jurisprudencial, argumentos en las que establece que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, argumentos en los que con el término “otra condición social”, que está estipulado en el artículo 1.1 de la Convención, no se puede negar que hay algunas sociedades intolerantes en cuanto la raza, sexo, nacionalidad y orientación sexual de alguna persona, aun así un Estado en respeto a los derechos y garantías de su constitución no puede justificar y menos perpetuar conductas discriminatorias que presente algún sector de la sociedad, con el grave riesgo de legitimar y después consolidar, estas actitudes discriminatorias que violan derechos humanos, es indudable que la Constitución no puede controlar esas actitudes que en realidad pueden constituir delitos por discriminación, en el fallo se demuestra que hay un avance en el reconocimiento al principio de igualdad y la prohibición de discriminación, que es contraria a la jurisprudencia emitida por parte de la Corte CIDH⁴⁵.

Es indudable que en referencia al respeto y promoción del derecho a la igualdad, falta mucho por hacer puesto que existen los prejuicios sociales que también se encuentran en algunos legisladores que señalan a los homosexuales como una “lacra”, también si se revisa la sentencia de la Corte Suprema de Chile, se encuentran inconsistencias en cuanto al principio de igualdad y de acuerdo a Lovera, D. (2007) se deben “*proponer criterios y reglas de razonamiento destinados a limitar la discrecionalidad judicial en casos en que esté involucrado el interés superior de los menores, apartándonos de jueces que deciden sobre la base de sus propias convicciones morales...*”⁴⁶

⁴⁵ Szmulewicz Ramirez, E. (2012). Igualdad, orientación sexual y juicio estricto de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 19, N 1, enero, pp 437 - 441

⁴⁶ *Ibid*, pp. 443 - 447

4.2.2 Duque Vs Colombia

En este caso el demandante era un portador de VIH, se hace referencia a la sentencia emitida por la Corte IDH, el demandante es Ángel Alberto Duque contra la República de Colombia, ante la negación de la pensión de sobrevivencia que hizo un fondo de pensiones, por su condición de homosexual, la ley en Colombia en ese momento, no permitía a parejas homosexuales sean beneficiadas con este derecho de pensión de sobrevivencia, el demandante al no acceder a este beneficio, no tenía acceso al servicio de salud, la Corte reiteró en la sentencia algunos argumentos del caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile* donde se estableció:

Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona; en consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual⁴⁷. 36AN

La Corte como reparación resolvió:

En relación con lo anterior, el Tribunal constata, en primer término, que el Estado fue encontrado responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación establecido en el artículo 24 de la Convención, en perjuicio del señor Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana. En consecuencia, el Estado debe garantizar al señor Duque, una vez que presente la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, que esta será tramitada de forma prioritaria, en un plazo de tres meses. Del mismo modo, esta Corte establece que en caso de otorgársele la pensión al señor Duque, la misma deberá comprender la suma equivalente a todos los pagos, incluyendo los intereses correspondientes de conformidad con la normatividad interna colombiana, que no se percibieron desde que

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). *Caso Duque Vs. Colombia* de 26 de febrero de 2016, párr. 104.

el señor Duque presentó la solicitud de información a COLFONDOS el 3 de abril de 2002⁴⁸.

4.2.3 Opinión Consultiva OC-24/17 respecto a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo

En fecha 18 de mayo de 2016 Costa Rica en calidad de Estado Solicitante presentó solicitud de opinión consultiva para que el Tribunal se pronuncie respecto a la protección que brinda la Convención Americana de Derechos Humanos CADH, en cuanto al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género, la compatibilidad de la legislación de la República de Costa Rica respecto al cambio de nombre a partir de su identidad de género en relación a la Convención y la protección que brinda la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

La Corte IDH, emitió la Opinión Consultiva OC-24/17 en fecha 24 de noviembre de 2017⁴⁹, si bien Costa Rica solicitó se pronuncie sobre tres consultas, las dos primeras relacionadas a la protección de la CADH y la compatibilidad de la legislación costarricense en cuanto al reconocimiento del cambio de nombre de acuerdo con su identidad de género, en el presente trabajo trataremos específicamente la tercera consulta respecto a *“la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”*⁵⁰.

⁴⁸ *Ibid*, párr. 199.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-24 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)* de 24 de noviembre de 2017.

⁵⁰ *Ibid* p. 4.

Costa Rica dentro de su consulta, presentó además a la Corte preguntas específicas, señalaremos las que atañen al objeto de este trabajo, las preguntas fueron:

4. Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de los establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se deriven de un vínculo entre personas del mismo sexo?, y

5. En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se deriven de esta relación?”⁵¹.

La Opinión Consultiva señala que las personas LGBTI sufren de discriminación en forma de estigma social, exclusión y prejuicios y que a criterio de la Corte los Estados tienen la obligación de erradicarlas, y más, puesto que sus acciones deben evitar directa o indirectamente la permisión de cualquier tipo de discriminación, además de garantizar igual protección a la ley sin discriminación, esto en cumplimiento de los artículos 1.1⁵² y 24⁵³ de la CADH, en ese sentido los Estados parte de la Convención tienen el compromiso de respetar los derechos y libertades de las personas sin ningún tipo de discriminación, a la vez que al ser iguales las personas, la protección

⁵¹ *Ibid*, pp. 4 - 5.

⁵² Establece este numeral “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*”

⁵³ Establece el artículo “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*”

que brindan los Estados en cuanto a la aplicación de la ley interna debe ser la misma, debiendo incluso los Estados ir más allá puesto que en cumplimiento de la Convención, deben establecer medidas que incluyan en sus legislaciones, formas de revertir o modificar hechos o realidades que muestran discriminación contra determinados grupos o colectivos de personas.

Se destaca que la orientación sexual y la identidad de género, son categorías protegidas por la Convención en interpretación del artículo 29⁵⁴, relacionada al artículo 1.1, cumpliendo lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y otras Resoluciones Internacionales similares, por ejemplo la Asamblea General de las Naciones Unidas el 22 de diciembre de 2008 adoptó la “*Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*”, reafirmando el “*principio de no discriminación, independientemente de su orientación sexual o identidad de género*”⁵⁵, en ese sentido está proscrita cualquier norma, acto o práctica de discriminación basada en la orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género.

En cuanto la protección internacional de los vínculos de parejas del mismo sexo, la Corte IDH, que en la Convención no tiene un concepto limitado de

⁵⁴ Art. 29 Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno, y excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁵⁵ Naciones Unidas, *Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*, Asamblea General de Naciones Unidas, de 22 de diciembre de 2008, párr. 3.

familia, por tanto la protección que deben garantizar los Estados, no puede limitarse al modelo tradicional de familia, ya que la existencia de la familia fue también influida con el desarrollo de la sociedad por ejemplo de acuerdo a la Sentencia Marckx vs. Bélgica hace algunas décadas todavía era legítimo distinguir jurídicamente entre hijos legítimos e ilegítimos en cuanto a derechos patrimoniales, siendo lenta la evolución buscando la igualdad⁵⁶.

Es evidente que la sociedad occidental, ante esta realidad está modificando estereotipos en cuanto a la institución de la familia, que incluyen los roles tradicionales que los miembros de una familia debían o deben cumplir, que incluyen también a vínculos familiares que no se fundan necesariamente en el matrimonio, por ejemplo las familias monoparentales, es así que considera la OC que *una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado, por tanto la Convención no protege un modelo único o determinado de familia*⁵⁷.

La OC en cuanto a la familia al señalar que verificó todas las Disposiciones que integran la Convención Americana, además de los acuerdos e instrumentos, manifiesta que no se tiene una definición de familia.

La OC sostiene que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos y que la interpretación que se haga de ellos debe ser acorde a los tiempos y forma de vida actual, por tanto la interpretación debe ser evolutiva, lo contrario muchas veces ocasionaría que tradiciones, estereotipos o discriminaciones históricas a grupos vulnerables sea legitimado por una

⁵⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Marckx Vs. Belgica*, No. 6833/74, Sentencia de 13 de junio de 1979, pp. 3.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-24*. pp. 74, 75.

interpretación anclada en el pasado, es así que de acuerdo a la Sentencia Costa Rica vs. Nicaragua la:

Corte Internacional de Justicia ha señalado que, en determinados tratados internacionales, la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no sea fijo, sino que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional. En tales circunstancias, justamente para respetar la intención inicial de los Estados, es necesario realizar una interpretación evolutiva. Todo ello se encuentra fundado en la premisa que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el tiempo. En dichos casos, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que, como regla general, se debe presumir que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionará⁵⁸.

Concluye la OC ante la cuarta pregunta:

La convención americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se deriven del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales⁵⁹.

En cuanto a los mecanismos por los cuales el Estado podría proteger las familias diversas, la OC señala que la Convención tiene dos vertientes, y

⁵⁸ Corte Internacional de Justicia, *Costa Rica Vs. Nicaragua*, Sentencia de 13 de julio de 2009, pp. 213.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-24*. pp. 79, 80.

primeramente la obligación de respeto (negativa) por el cual los Estados deben evitar por cualquier medio cometer actos que tengan como resultado conculcar derechos y libertades fundamentales, y como segunda se encuentra la obligación de garantía de los Estados (positivas), se refiere al deber de todas las instituciones que dependen de un Estado, tengan la capacidad mediante su derecho interno de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, por tanto las leyes y reglamentos que se emiten como Estado, incluye a todas las instituciones que directamente o indirectamente dependen del estado, deben velar por hacer efectivo los derechos y libertades inmersos en el Convenio y que como Estado se obligaron a cumplir.

Entre los mecanismos de protección la Corte manifiesta que algunos Estados asumieron medidas con la finalidad de proteger por ejemplo el derecho a la salud, la seguridad social, asistencia familiar entre los miembros de la pareja y los referidos a las sucesiones además de otros derechos, se tiene como ejemplo Costa Rica que brindó seguro social a parejas del mismo sexo, Colombia también dio cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud, derecho a la pensión y derechos sucesorios, uniones maritales de hecho a parejas del mismo sexo, similares medidas se tomaron en países como Argentina y Brasil, aunque para garantizar estos derechos no es necesario crear nuevas figuras o instituciones jurídicas, puesto que es suficiente con que las actuales abarquen a este sector vulnerable siendo esta medida la más sencilla y eficaz, que incluye por supuesto la institución del matrimonio, además el crear otra institución conllevaría una diferencia estigmatizante y discriminatoria, cuando lo que se busca es que el Estado respete los derechos y libertades sin discriminación, tal como lo señala la Convención.

Concluye la OC ante la quinta pregunta:

Los estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de

todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, de modo que tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna⁶⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por primera vez y de manera contundente en la Opinión Consultiva OC-24/17 admite que el contenido de la OC no puede ser impuesta de manera inmediata e irreflexiva, tomando en cuenta de que los argumentos “son fruto de una evolución jurídica” aunque insta a la Asamblea Legislativa que en un plazo de dieciocho meses, Costa Rica adecúe su marco jurídico nacional, se debe tomar en cuenta la Constitución Política de Costa Rica, establece que los derechos y garantías siempre prevalecerán, cuando su contenido sea más amplio que los previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, aunque para lo establecido debe considerarse que la Constitución es la base, más no el techo de la evolución en cuanto a derechos humanos se refiera⁶¹.

⁶⁰ *Ibid*, pp. 86.

⁶¹ Romero Pérez, J.E. (2019). Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 148. Enero – Abril, 186 – 188.

En fecha 26 de mayo de 2020 entra en vigencia el matrimonio civil igualitario, luego de un intenso debate político, académico y jurídico, posterior a la notificación a Costa Rica en fecha 9 de enero de 2018, pues se dudó del carácter vinculante de esta Opinión Consultiva OC-24/17, con esta medida Costa Rica muestra de manera tangible y reconociendo el compromiso con los Estados Americanos que este país cumple con sus obligaciones como país miembro de convenios internacionales en cuanto a la implementación de estándares de protección internacional de protección a los derechos humanos en su legislación interna⁶².

4.3 OTRAS SENTENCIAS RELEVANTES EN DERECHOS HUMANOS RESPECTO AL MATRIMONIO IGUALITARIO

4.3.1 Obergefell Vs. Hodges

La Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, mediante la cual el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene plena validez en todos sus Estados, se conoce como *Obergefell v. Hodges*⁶³, esta Sentencia del año 2015 de la jurisprudencia norteamericana, generó un largo debate entre quienes por un lado estaban a favor y otros quienes son detractores del matrimonio igualitario⁶⁴, los demandantes fueron catorce parejas del mismo sexo y dos varones cuyas parejas fallecieron contra los Estados de Kentucky, Michigan, Ohio y Tennessee.

⁶² NODAL (2020). Costa Rica: repercusiones dentro y fuera del país tras la validación del matrimonio igualitario. Fecha de consulta 15 de julio de 2020, de <https://www.nodal.am/2020/05/costa-rica-repercusiones-dentro-y-fuera-del-pais-tras-la-validacion-del-matrimonio-igualitario/>

⁶³ Supreme Court of the United States, (2020, Julio 17). *Obergefell et al. V. Hodges, Director, Ohio Department of Health*. Fecha de consulta 17 de julio de 2020, de https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

⁶⁴ Guerra Araya, P. (2018). Obergefell y el Largo Camino Hacia el Matrimonio Igualitario. *Estudios Constitucionales*, N° 2. Abril, pp 118 – 119.

El asunto principal que se sometió a decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos, fue el cumplimiento de la Constitución en cuanto a la realización de la libertad que va unida al matrimonio, de la que deberían gozar todos quienes viven en EE.UU., esto en relación a las personas del mismo sexo que tienen derecho a contraer matrimonio, donde a partir de la decisión *Obergefell v. Hodges*, surge el debate que se constituye como un nuevo derecho, es decir al matrimonio, o es en realidad el reconocimiento a un derecho ya existente, refiriéndose al derecho al matrimonio como tal, sin especificar quienes son los contrayentes, cuestionando a la vez si existen suficientes argumentos para excluir de este derecho a las personas del mismo sexo⁶⁵.

La sentencia que concluye que las parejas del mismo sexo tienen el derecho a casarse, señala cuatro premisas.

La primera considera al matrimonio como inherente al concepto de autonomía individual, al considerarlo entre las más íntimas decisiones que un individuo puede realizar⁶⁶.

La segunda premisa considera que el matrimonio afirma la unión de dos personas junto a un compromiso recíproco que ninguna otra institución brinda. Siendo el motivo principal por el cual la jurisprudencia de EEUU ha anulado otro tipo de prohibiciones, es el caso de personas privadas de libertad puedan celebrar la institución del matrimonio y de acuerdo a la Corte Suprema de los Estados Unidos “*el derecho al matrimonio dignifica a las personas que desean definirse a sí mismos por su compromiso con el otro*”⁶⁷.

La tercera está referida a que el matrimonio proporciona protección a los hijos, otros miembros de la familia, estos derechos se interrelacionan en

⁶⁵ *Ibid.* pp. 128 - 129.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 130.

⁶⁷ *Ibid*

beneficio de todos los miembros de la familia, no solamente de los cónyuges, señalando que ya hay estados de la Unión que han legalizado el derecho de las parejas del mismo sexo y que estas parejas puedan criar hijos ya sea de uno de los contrayentes o adoptados, siendo apremiante su reconocimiento constitucional, no hacerlo tendría consecuencias negativas, pues no estarían protegidos por el matrimonio⁶⁸.

En cuarto y último lugar, la Corte Suprema de Estados Unidos manifiesta que el matrimonio es “una piedra angular del orden social, condición de civilización y progreso”. También asumen el matrimonio como un punto de partida para adquirir otros derechos sociales como la propiedad, especialmente vivienda social, derechos sucesorios y exenciones tributarias⁶⁹.

Entonces reformulando la pregunta tenemos ¿cuál es el argumento para no excluir a las parejas del mismo sexo de la protección que brinda el matrimonio?, la sentencia de *Obergefell v. Hodges* no ve que se trate de un nuevo derecho tal como lo establece *Whashington v. Gluckberg*, siendo un error al referirse al matrimonio, puesto que las personas del mismo sexo buscan por la garantía de igual protección de la ley que la Constitución ampara, que no se les podía negar el derecho al matrimonio, considerando que la garantía de igual protección solo podía amparar a las de distinto sexo.

En *Obergefell v. Hodges*, el matrimonio es considerada una institución en evolución, donde sus beneficios deben abarcar a todos quienes quieran realizarlo como un compromiso, por tanto se debe extender estos beneficios a las personas del mismo sexo⁷⁰.

En definitiva *Obergefell v. Hodges* es considerado un hito en la lucha por los derechos civiles en la búsqueda de considerar iguales a todas las

⁶⁸ *Ibid*

⁶⁹ *Ibid*

⁷⁰ *Ibid*, pp. 131 - 132.

personas, criterio que contribuye indudablemente a mejorar una democracia, llegando esta sentencia a ser emancipadora, puesto que magnifica el matrimonio a la máxima expresión de la vida en pareja, independientemente de su orientación sexual, los argumentos y el tipo de sentencia zanján algún posible intento legislativo de re-definir el matrimonio igualitario⁷¹, esto en relación a que en EE.UU. referente al matrimonio igualitario, no existe legislación federal, ya que cada Estado tiene legislación propia en cuanto al matrimonio, debiendo a partir de esta Sentencia los Estados de reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo reconocer los celebrados en cualquier Estado de la unión.

Entonces es evidente que hubo una evolución jurisprudencial de la Corte Suprema estadounidense, tomando en cuenta que el último tercio del siglo pasado, los Tribunales Supremos estatales emitieron sentencias negativas en cuanto al matrimonio a parejas del mismo sexo, por ejemplo en el Estado de Kentucky, la Sentencia *Jones v. Hallaban* resolvió, que el empleado que denegó la licencia de matrimonio a dos mujeres, actuó correctamente, el argumento del empleado que emitía las licencias fue en base a la definición de matrimonio en el diccionario. Posteriormente hubieron varias sentencias negativas en las Cortes de Apelaciones de otros Estados, hasta que en 1999 en el Estado de Vermont, su Corte Suprema en el caso *Baker v. Vermont*⁷² estableció que esta negativa violaba la Constitución de Vermont, y es en el año 2003 donde en el Estado de Massachusetts, en el caso *Goodridge v. Department of Public Health*, su Tribunal Supremo reconoce el matrimonio

⁷¹ *Ibid*, pp.138.

⁷² Este caso se refiere a tres parejas del mismo sexo a quienes luego de denegárseles la licencia matrimonial presentaron una demanda, mediante la cual solicitaron que la negativa de concederles las licencias matrimoniales, violó la constitución estatal, donde si bien en primera instancia su Tribunal resolvió que la negativa era constitucional, el juez ad quem declaró que esta negación de licencia matrimonial niega beneficios del matrimonio, cuando el Estado debe garantizar a todos sus habitantes por igual, incluyendo a parejas del mismo sexo, ordenando que en un periodo razonable de tiempo la Asamblea estatal debía encontrar una forma de proporcionar dichos beneficios a parejas del mismo sexo.

entre personas del mismo sexo, declarando que la negativa de licencia matrimonial establecida en la ley estatal, violaba la Constitución del Estado de Massachusetts por discriminatoria, y desde el año 2004 el matrimonio entre parejas del mismo sexo quedó legalizado⁷³, considerándose un antecedente para *Obergefell v. Hodges*.

La Sentencia *Obergefell v. Hodges* es el resultado de una continua reivindicación por los derechos civiles de varios sectores como ser el colectivo LGTB, asociaciones médicas, asociaciones pro derechos civiles, que abarcan incluso al Partido Demócrata, los cinco votos a favor y cuatro en contra muestran las opiniones divididas, de estos nueve jueces miembros de la Corte Suprema de EE.UU., cinco fueron nominados por Presidentes del Partido Republicano y los otros cuatro por Presidentes del Partido Demócrata⁷⁴.

⁷³ Delgado Ramos, D. (2018). *Obergefell contra Hodges: La Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el Matrimonio entre Personas del mismo Sexo*. *Revista de Derecho Político*, N° 99. Mayo - agosto, pp 335- 339.

⁷⁴ *Ibid*, pp. 354.

CAPÍTULO V

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0076/2017

5.1 ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA 0076/2017 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

5.1.1 Ley Nº 807 de Identidad de Género.

Esta ley promulgada el 20 de mayo de 2016 es una respuesta a la necesidad de las poblaciones trans ante la falta de reconocimiento legal al género con el cual se identifican, este proceso fue gestado en ocho años, significó en su momento una victoria para la población LGBT⁷⁵.

5.2 Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017

La sentencia resuelve la acción de inconstitucionalidad abstracta promovida por senadores y diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional, que demandaron la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley de Identidad de Género, Ley 807 de 21 de mayo de 2016. Para el presente trabajo sólo se referirá en lo que está relacionado al matrimonio entre personas del mismo sexo, es decir el artículo 11 parágrafo II de la Ley 807 que establece *“El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida”*.

La Sentencia mencionando a la acción presentada por Senadores y Diputados entre los argumentos de los accionantes señala:

⁷⁵ Asamblea Plurinacional de Bolivia (2016). *Ley de Identidad de Género*, Ley del 21 de mayo de 2016, Ley Nº 80. Gaceta Oficial de Bolivia. Bolivia.

...determinadas diferencias antropológicas, económicas o sociales surgen espontáneamente o de manera natural en los seres humanos, las cuales condicionan y limitan naturalmente el ejercicio de sus derechos para determinados actos en sociedad, así como que despliegan diferentes efectos jurídicos, sin que ello trascienda en una discriminación ilegítima y lesiva a los derechos fundamentales, sino que aquellas distinciones y los impedimentos o restricciones que puedan acarrear se constituyen en parte de los condicionantes que la norma requiere para la salvaguarda de intereses o derechos de mayor alcance e interés público⁷⁶.

...los artículos 63 y 65 de la CPE definen la conformación matrimonial y de uniones estables, se contempla la efectividad de sus relaciones en las relaciones con los hijos e hijas adoptados o nacidos de aquellas. Nótese que el legislador constitucional enfatiza la existencia de los vínculos de hijos nacidos o adoptados a raíz de la unión entre hombre y mujer establecidos en los arts. 63 y 64 de la CPE⁷⁷.

...se contempla al matrimonio o las uniones estables formadas entre mujer y varón entendidos como géneros sexuales plenos, como un mecanismo primigenio de la sociedad para la protección del interés superior del menor, y el logro de los fines procreativos como manifestación del derecho a la vida⁷⁸.

...el matrimonio ha sido entendido “en todas las culturas” como la comunidad o sociedad de vida de un hombre y una mujer con la finalidad de ayudarse mutuamente para la consolidación de la procreación...⁷⁹

... la más actualizada doctrina en Derecho de Familia de la mano de Alonso Novo, el vocablo “matrimonio” es utilizado para referirse tanto a su celebración, como a la sociedad que forman los esposos una vez celebrado el mismo... aunque la causa de la unidad o vínculo conyugal será siempre la libre decisión de los contrayentes, lo que hace posible tal unidad, es la natural y radical complementariedad que existe potencialmente entre el varón y la mujer. Por eso el matrimonio tiene su origen en la misma naturaleza del ser humano⁸⁰.

⁷⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017, de 9 de noviembre de 2017, pp. 3

⁷⁷ *Ibid*, pp. 5

⁷⁸ *Ibid*

⁷⁹ *Ibid*

⁸⁰ *Ibid*, pp. 6

La palabra “hombre”, identifica a las personas que pertenecen al género masculino señalando cualidades biológicas y fisiológicas que permiten trazar diferencias notorias entre el hombre y la mujer. Entre ellas, aparece la testosterona, una hormona androgénica que genera diferencias fisiológicas como un tono de voz más grave, una altura física superior, el crecimiento de pelo en la zona facial, mayor volumen corporal, entre otros. Por otra parte, el aparato reproductor masculino le otorga al hombre el poder de fecundar el óvulo femenino y a través de ello, la transmisión de la información genética a través de la célula espermatozoidal y así mantener la perpetuidad de la especie⁸¹.

La palabra “mujer” se utiliza para definir al ser humano del sexo femenino, cuya anatomía genital se diferencia sexual y biológicamente del hombre. Fisiológicamente puede diferenciarse a una mujer de un varón por poseer una voz más aguda, senos más grandes, cintura más pequeña, caderas más pronunciadas, menos vello corporal, entre otras características. Uno de los roles más importantes que posee la mujer es la labor reproductiva y materna. Mediante un proceso auto regulado hormonalmente llamado periodo menstrual, cuyo proceso prepara al útero de la mujer para el embarazo todos los meses, asimismo, la mujer cuenta con órganos sexuales reproductivos diferenciados del hombre para llevar adelante esta función reproductiva, tales como los senos, vagina, vulva, útero, ovarios y trompas de Falopio⁸².

Por su parte, no existirá trato discriminatorio ilegítimo si a uno de los contrayentes se le impidiere casarse por tener el mismo sexo que el otro contrayente, de la misma forma que tampoco existirá discriminación si uno de los contrayentes tiene vigente un matrimonio previo o cuenta con minoría de edad. En estos supuestos la presencia de estas condiciones personales rompe toda condición de igualdad en estas personas respecto a aquellas que no presentan tales impedimentos⁸³.

Por su parte entre los alegatos del Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional en relación al artículo 11 parágrafo II de la Ley 807 fueron:

...no infringe mandatos constitucionales, toda vez que no regula condiciones, requisitos ni procedimientos vinculados a los institutos del matrimonio ni la adopción, por lo

⁸¹ *Ibid*, pp. 7

⁸² *Ibid*

⁸³ *Ibid*, pp. 11

que no hay aspecto que se observe sobre la aplicación del interés superior de la niña o del niño consagrado en los arts. 63 y 65 de la Norma Suprema⁸⁴.

La Sentencia en cuanto al juicio de la constitucionalidad del referido artículo 11.II de la Ley señala dividiendo como cargos de la acción tres incisos de los cuales nos referiremos solo a los dos primeros tomando en cuenta que el tercer inciso está referido a los “criterios de paridad y equidad de género en procesos electivos”, tema que no está relacionado al presente trabajo de investigación, en ese sentido el primer inciso señala:

- i) La eventual afectación del Instituto jurídico del matrimonio, y de modo tangencial, de las uniones libres o, de hecho, con características de estabilidad y singularidad, entre otras.**

El TCP en este inciso señala que ante el riesgo de una supuesta defraudación que señala el accionante, misma que sería provocada por una persona transgénero o transexual, posterior a la modificación de sus documentos que obviamente serían distintos a su primer registro, no se concretaría uno de los fines del matrimonio, es decir la procreación, puesto que resalta el accionante un fin del matrimonio es la procreación a través de una unión entre hombre y mujer, por consiguiente perpetuación de la especie humana, incluyendo a las uniones libres o de hecho⁸⁵.

La Ley de Identidad de Género tiene como objeto únicamente el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen para un ejercicio pleno de su derecho a la libre personalidad jurídica y en cuanto a “...*todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...*”, es contrario a lo establecido en la CPE, tomando en cuenta una definición jurídica del matrimonio que refiere que el mismo se celebra entre varón y mujer, y permitir el ejercicio absoluto del derecho -identidad de género- que se refiere solamente

⁸⁴ *Ibid*, pp. 17

⁸⁵ *Ibid*, pp. 44-45

al ejercicio del fuero interior en pleno ejercicio de su derecho a la libre personalidad jurídica, sobrepasar este límite afectaría el derecho a terceros puesto que se iría en contra de la norma que definió su objeto, concluyendo este inciso con:

La forma, del carácter absolutista y ésta norma la torna en inconstitucional en su frase 'permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...', respecto que el ejercicio de identidad de género no significa el ejercicio absoluto de los derechos fundamentales como el derecho a contraer matrimonio o uniones libres o de hecho, es reconocido constitucionalmente únicamente entre un varón y una mujer y no a las personas que ejerzan su derecho a la identidad de género cuyo alcance es únicamente en el ejercicio de su individualidad.

En ese contexto, **se concluye que sobre este punto apremia un debate democrático que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto, esto es Asamblea Legislativa, organizaciones sociales, civiles, públicas como privadas y otras que así corresponda**⁸⁶ (el resaltado nos corresponde).

ii) La eventual transgresión del principio de interés superior del niño en casos de adopción

El TCP al señalar que la identidad de género, es una garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad, respetando el proyecto de vida de quienes asumen una identidad de género diferente al de su sexo biológico, reiterando que este derecho como otros no es absoluto y su límite es el de garantizar los derechos de terceros, como es el caso de los niños, niñas o adolescentes con fines de adopción⁸⁷.

Así, si bien la ley no exige que en la calificación de un adoptante se acredite que la persona sea cisgénero (dato de sexo biológico coincidente con su identidad de género), en el caso de las personas que tramitaron su cambio de nombre y dato de sexo de sus documentos de identificación y otros, su derecho a no ser discriminado en

⁸⁶ *Ibid*, pp. 45

⁸⁷ *Ibid*, pp. 46

razón de dicha identidad, en los trámites de adopción deberán ser regulados por una ley especial sancionada por la Asamblea Legislativa Plurinacional, como ley de desarrollo, en vista de que el reconocimiento de dicha facultad, merece un mayor debate y justificación de que ello, no atente contra el principio de interés superior del niño, niña o adolescente.

Así, se concluye que sobre este punto apremia un debate democrático que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto, esto es Asamblea Legislativa, organizaciones sociales, civiles, públicas como privadas y otras que así corresponda⁸⁸ (el resaltado nos corresponde).

En ese sentido el TCP declara la inconstitucionalidad del parágrafo II del art. 11 de la Ley de Identidad de Género en su frase “...*permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...*”⁸⁹.

5.3 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 0076/2017 DE ACUERDO A LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

La Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional declaró la inconstitucionalidad del parágrafo II del artículo 11, aunque es evidente que no se pronunció sobre el fondo, estableciendo que para los puntos:

- La eventual afectación del Instituto jurídico del matrimonio, y de modo tangencial, de las uniones libres o, de hecho, con características de estabilidad y singularidad, entre otras.
- La eventual transgresión del principio de interés superior del niño en casos de adopción.

Señalando que apremia un debate democrático que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto, es evidente entonces que no se realizó un control de convencionalidad ¿cuál la razón para evadir

⁸⁸ *Ibid*

⁸⁹ *Ibid*, pp. 49

esta obligación constitucional? En los siguientes capítulos esperemos encontrar la respuesta.

CAPÍTULO VI

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

6.1 ANTECEDENTES

Las declaraciones de los derechos humanos fueron formulados en épocas de profundas transformaciones sociales, por ejemplo la Revolución Francesa de donde emergió la Declaración Universal de Derechos del Hombre, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, aunque para comprender la naturaleza de estos derechos humanos se tiene que analizar las corrientes filosóficas de los siglos XVII y XVIII, que fueron estudiadas por los ideólogos de la Revolución, este periodo fue conocido como el siglo de las luces o “Ilustración”.

En el siglo XVIII los filósofos creían en el derecho natural, en la razón y en el progreso, si bien no rechazaban la religión, dudaban del derecho divino de los reyes, rechazaban la corrupción de la nobleza y la de los jefes de la iglesia, como del abuso de esta reducida clase con sus privilegios, que privaba de derechos fundamentales a la inmensa mayoría denominada Tercer Estado o Estado General, el Primer Estado estaba integrada por la nobleza y el Segundo Estado por el clero, en esa época la población ascendía a 25 millones de habitantes y sólo un 1% estaba conformada por las clases privilegiadas (nobleza y clero)⁹⁰.

Aunque es indudable la influencia de pensadores británicos como Thomas Hobbes en la Declaración francesa, su importancia sobrepasa incluso los “Bill of Rights” americanos, puesto que ofrece a toda Europa un modelo teórico de libertad, una obra producto del racionalismo puro, el aspecto histórico del documento se encuentra en la claridad de los derechos en cuanto a la libertad

⁹⁰ Túnnerman Bernheim, C. *Op. Cit.* pp. 10-12.

personal, la del pensamiento y su manifestación y la de propiedad, reconociendo la libertad de cultos, para la cultura occidental con la declaración francesa, termina la etapa teórica de los derechos naturales, iniciándose la protección normativa de los derechos humanos, incluyéndose en las constituciones del resto de Europa y posteriormente de resto del mundo occidental, otorgando la máxima jerarquía en cuanto a normativa nacional⁹¹.

Siglos después, culminada la Segunda Guerra Mundial, surgen los acuerdos o convenios internacionales con la finalidad de que sean órganos supranacionales, establecidos por la comunidad internacional quienes velen por el cumplimiento en la protección de estos derechos humanos. Si bien el “Nuevo Derecho Internacional”, emergió a fines de la Primera Guerra Mundial con la tarea de proteger internacionalmente los derechos humanos, fue recién con la experiencia de la Segunda Guerra Mundial donde se concluyó, que era insuficiente que los derechos humanos figuraran solo en los textos constitucionales de los Estados, ya que los regímenes del fascismo y nazismo violaron todos los derechos humanos de los pueblos a quienes sojuzgaron además de las de sus propios ciudadanos violando la tutela de estos derechos⁹².

En 1945 las Naciones Unidas mediante la “Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, se propuso elaborar una “Carta Internacional de Derechos Humanos”, con el objeto de desarrollar los principios referidos en su Carta e incluir tres aspectos a) Una Declaración de Derechos Humanos, b) Un Convenio Internacional o Pacto de Derechos Humanos (con la finalidad de servir de instrumento en la vinculación jurídica del mayor número posible de Estados) y c) Medidas de aplicación, que incluyen medidas para el cumplimiento efectivo al respeto de los Derechos Humanos. Surgiendo o teniendo como primer resultado “la Declaración

⁹¹ *Ibid*, p. 19.

⁹² *Ibid*, 23 - 24

Universal de Derechos Humanos” de 10 de diciembre de 1948, resaltando en el preámbulo:

Considerando que los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre La Asamblea General proclama la presente Declaración como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, en fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universal y efectivo, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”⁹³.

Citando a Carlos García Bauer en el trabajo de Tunnerman (1997) “*Por primera vez se consagró, en un documento de validez universal, en forma precisa, el mínimo de derechos que el hombre debe gozar sobre la tierra, sea cual fuere el lugar en que se encuentre*”, a partir del 10 de diciembre de 1948 cualquier persona del mundo que vea vulnerado estos derechos puede exigir su cumplimiento⁹⁴.

Es cierto que la Declaración no es un documento jurídicamente obligatorio para los Estados, aunque claro los mismos Estados, al utilizarla e invocarla le dieron legitimidad, de todas maneras no existe sanción jurídica para cumplirla como obligación, en cambio el “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*” aprobado en 1966, y en vigencia desde 1976, sí es un instrumento jurídicamente obligatorio, debiendo los Estados presentar informes respecto a su cumplimiento en cuanto a derechos humanos y los casos excepcionales por lo que tengan que restringirse⁹⁵.

⁹³ *Ibid*, pp. 25 - 26

⁹⁴ *Ibid*

⁹⁵ *Ibid*, pp. 28.

El Comité de Derechos Humanos, previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles, tiene facultad para recepcionar y tramitar violaciones por parte de un Estado a denuncias de personas particulares en cuanto a sus derechos tutelados por el Pacto, la condición es agotar todos los recursos internos del Estado al cual se denuncia⁹⁶.

En cuanto a los miembros de la Organización de los Estados Americanos, se tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 conocida también como Protocolo de San José, resaltando que esta Convención contiene disposiciones más específicas respecto a la protección de los derechos humanos, por ejemplo el artículo 33, dispone que “son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de esta Convención son: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

6.2 SOBERANIA Y CONVENIOS INTERNACIONALES

Algunos tratadistas señalan que para que una acción internacional en pro de los derechos humanos, tenga mayor eficacia, debemos revisar el concepto clásico de soberanía estatal absoluta, en cambio otros afirman que los estados al suscribir y ratificar los pactos internacionales, aceptan libre y soberanamente los procedimientos de los pactos en cuanto a la protección internacional de los derechos humanos, siendo indudable que el respeto y vigencia de los derechos humanos, es en última instancia una voluntad política, un compromiso de los gobiernos con un Poder Judicial independiente⁹⁷.

⁹⁶ *Ibid*, pp. 29.

⁹⁷ *Ibid*, pp. 30.

6.3 INSTRUMENTOS Y COMPETENCIA DE LA CONVENCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CADH

Todos los derechos y obligaciones de los Estados, que comprenden el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuentan con instrumentos tanto de *hard law* (derecho duro) como de *soft law* (derecho suave), en cuanto al primero por haber sido ratificados por el Estados tienen carácter vinculante en cuanto a las obligaciones y derechos en ellos establecidos, los segundos establecen estándares de comportamiento, mediante la cual los Estados no podrían alegar su incumplimiento frente a la exigencia de estos y no son vinculantes, las opiniones consultivas son instrumentos *soft law*⁹⁸.

La competencia de la Convención abarca en: a) Competencia contenciosa y b) Competencia consultiva.

6.3.1 Competencia contenciosa

Esta competencia está prevista en el artículo 68 del Pacto en los siguientes términos:

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Las decisiones de la Corte, en cumplimiento del CADH tienen un efecto vinculante para los Estados⁹⁹.

⁹⁸ León Moreta, M. (2019). La fuerza vinculante de la OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo Sexo” para el Estado Ecuatoriano. *FORO Revista de Derecho*, Nº 32, julio-diciembre, pp.46.

⁹⁹ *Ibid*

6.3.2 Competencia consultiva

Esta competencia está prevista en el artículo 64 del Pacto en los siguientes términos:

3. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos...
4. La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

6.3.3 Diferencia entre la competencia contenciosa y consultiva

La Corte en la Opinión Consultiva OC-3/83 en cuanto a la función contenciosa señaló:

la Corte debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” (artículo 63.1 de la Convención), en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte (artículo 68.1 de la Convención)¹⁰⁰.

La Corte en la Opinión Consultiva OC-15/97 en cuanto a la función consultiva señaló:

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983 Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 CADH), párr. 32.

25. La competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es “*la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos*”. El hecho de que la competencia consultiva de Corte pueda ser promovida por todos los Estados Miembros de la O.E.A. y órganos principales de ésta que establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte.

26. Consecuentemente la Corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le infiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados Miembros”, y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento¹⁰¹.

6.4 OPINIONES CONSULTIVAS, CRITERIOS EN CUANTO A SU CARÁCTER VINCULANTE

¿Una opinión consultiva tiene carácter vinculante? Este es un debate continuo en Latinoamérica, esto en relación a los Estados Parte de la Convención Americana, puesto que al no ser emitida como consecuencia de su función contenciosa, no es una sentencia resuelta por la Corte CIDH, por tanto no está sujeta a ejecución, además no existe un desarrollo jurisprudencial que establezca que las opiniones consultivas tengan un efecto vinculante, la misma Corte IDH señaló que las opiniones consultivas no tienen efecto vinculante por ejemplo la Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982.

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997 Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 CADH), párr. 25 y 26.

No obstante, algunos autores están convencidos de lo contrario cuando afirman:

Las mal llamadas ‘*opiniones*’ consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular, no puede ser eludido por los Estados partes en la Convención¹⁰².

En ese sentido y en aplicación del principio de aplicación directa e inmediata, además del principio de aplicación más favorable, cuando se trate de derechos humanos, se refuerza la fuerza vinculante de las opiniones consultivas dentro del ordenamiento jurídico, por tanto cuando en la Constitución se ordena aplicar de manera directa normativa que hace referencia a instrumentos internacionales de derechos humanos cuando las mismas sean más favorables a las establecidas en la Constitución¹⁰³.

Al contrario, Pedro Nikken sostiene:

que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado: si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del Derecho Internacional (en el caso de la Convención Americana u “otro tratado” sometido a consulta), que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales¹⁰⁴.

¹⁰² Faundez Ledesma, H. (2004). *La Competencia Consultiva de la Corte*. En M. Marisol (ed) El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (pp. 992). Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José.

¹⁰³ León Moreta, M. (2019). La fuerza vinculante de la OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo Sexo” para el Estado Ecuatoriano. *FORO Revista de Derecho*, Nº 32, julio-diciembre, pp. 54 – 55.

¹⁰⁴ Nikken, P. (1999). La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. [en línea]. pp. 176. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>

Entonces vemos que el debate alrededor de la fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la Corte CIDH, es de larga data y fue reavivado con la Opinión consultiva OC-24/17, para un nuevo análisis tomemos en cuenta tres factores: 1 los dichos de la Corte, 2 los dichos de los padres fundadores del sistema interamericano y 3 el rol del control de convencionalidad¹⁰⁵.

6.4.1 Los dichos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la Opinión Consultiva OC-1/82 el tribunal señaló que:

No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto jurídico vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención; y si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo. En esta perspectiva, es obvio que tal posible contradicción de opiniones entre esta Corte y otros tribunales o entes carece de trascendencia práctica, y resulta perfectamente concebible en el plano teórico¹⁰⁶.

También la Opinión Consultiva OC-21/14 establece:

El amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana, todo lo señala en la presente Opinión Consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana, así como

¹⁰⁵ Zelada, C. (2020). *La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (eds). *¿Son Vinculantes las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?* (pp. 86 - 87). PROMSEX: Lima

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982 "Otros Tratados" Objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 CADH), párr. 51.

para los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta¹⁰⁷.

En estas y posteriores opiniones consultivas la Corte CIDH, no determinó cuál el alcance de los efectos jurídicos o de la relevancia jurídica, en su función consultiva, en una interpretación literal se puede concluir que la Corte IDH, no pretendió dotar de fuerza vinculante a las opiniones consultivas, por tanto no tienen la fuerza de una sentencia¹⁰⁸.

6.4.2 Los dichos de los padres fundadores del sistema interamericano

Los autores clásicos respecto a los efectos jurídicos, de manera mayoritaria señalaron que las opiniones consultivas no tienen fuerza vinculante, entre los negacionistas absolutos están en el año 1982, Buergental, en 1988 Ventura Robles y Zovatto, en 2003 Pacheco G, en 2018 Grossi, V.¹⁰⁹ entre otros autores clásicos están Vargas Carreño y Nikken, como negacionistas progresistas o moderados, los cuales reconocen la autoridad político jurídica por los Estados parte de las opiniones consultivas aunque no su vinculatoriedad¹¹⁰.

De acuerdo a Vargas Carreño, E. (1992) en el trabajo de Zelada (2020) señalaba que si bien las opiniones consultivas carecen de fuerza obligatoria, al ser emitidas por una autoridad judicial con prestigio y derivada de los procedimientos de la Corte, en términos políticos el costo de los Estados por su falta de acatamiento puede ser muy alto, también de acuerdo a Nikken, ya sea en el campo contencioso o en el consultivo, en su tarea de aplicar o interpretar el Pacto de San José, la Corte actúa como un órgano jurisdiccional

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, párr. 32.

¹⁰⁸ Zelada, C. *Op. Cit.* pp. 87 – 89.

¹⁰⁹ *Ibid*, pp. 90.

¹¹⁰ *Ibid*, pp. 91.

en consecuencia sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional, si bien sus opiniones consultivas “*no están llamadas per se a ser ejecutadas de inmediato, si están dotadas de un efecto práctico virtual*”, su valor es similar al de un tribunal internacional para los demás Estados que no han sido parte: “*si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del Derecho Internacional*”, entonces esa sentencia debe ser tomada en cuenta como una forma de cumplir sus obligaciones internacionales¹¹¹.

6.4.3 El rol del control de convencionalidad

La Corte IDH a principios de siglo manifestó a los Estados parte, la obligación de realizar un control de convencionalidad es así que de acuerdo a la sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, estableció:

De tal modo el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a los derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad¹¹².

Inicialmente el parámetro de convencionalidad solo alcanzaba a la competencia contenciosa, aunque se debe reiterar con otros argumentos que la Opinión Consultiva OC-21/14 estableció:

Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la

¹¹¹ *Ibid*, pp. 92.

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Caso Gelman vs Uruguay de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judiciales y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA...¹¹³

Se puede observar que estamos frente a una intención de darle una atribución vinculante de facto, y muy bien un día la Corte IDH puede decidir retornar a su posición inicial de un control de convencionalidad únicamente sobre lo contencioso, no obstante la misma Corte que pronuncia sentencias cuya obligatoriedad no se discute y es evidente que entre sus fundamentos argumentativos en lo contencioso hacen uso de sus opiniones consultivas, se puede afirmar entonces que “si tanto las citan es porque algo deben tener”, siendo evidente que de iure, las opiniones consultivas de la Corte IDH no pudieron separarse de la regla general que niega fuerza vinculante a la función no contenciosa, aunque desde la Opinión Consultiva OC-21/14, y gracias a la ampliación del parámetro de convencionalidad, de facto poseen hoy tal condición, que hace ineludible su consideración por parte de los Estados del sistema interamericano¹¹⁴.

6.5 EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL

¹¹³ Opinión Consultiva OC-21/14, *Loc. Cit.*

¹¹⁴ Zelada. C. *Op. Cit.* pp. 100.

El derecho internacional público no dispone la forma mediante la cual cada Estados incorpore las disposiciones del pacto a su legislación interna, puesto cada Estado, se obliga así mismo internacionalmente y de manera soberana, en la forma en que hará efectiva las obligaciones a nivel interno, que pueden ser a través del método de incorporación directa, o mediante la aprobación y ratificación de los instrumentos internacionales que cada Estado realiza a través de su Poder Legislativo, y una vez un Estado adquiera una obligación internacional, se espera se cumplan con las referidas obligaciones. En el derecho internacional existe la regla por la cual un Estado no puede evadir sus obligaciones internacionales, argumentando su derecho interno, puesto que el principio *pacta sunt servanda*, establece que los tratados son vinculantes entre las partes y deben ser cumplidos en buena fe, en este sentido la Corte Interamericana en el artículo 2 de la Convención establece “*se obligan a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención*”.

En nuestro país los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, son considerados norma supraconstitucional, se encuentran en el artículo 13.IV, que establece “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno*”, acentuando el artículo 256, I, que “*Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta*”, el contenido de estos artículos nos llevan a concluir que en algún supuesto caso derecho humano establecido en los pactos de derechos humanos sea más favorable a

los dispuesto por la Constitución debe aplicarse de modo preferente los establecido en los Convenios de derechos humanos incluso por encima de nuestra Constitución¹¹⁵.

6.6 CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Esta Convención adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980¹¹⁶, Bolivia ratificó el Convenio en fecha 3 de octubre de 1994¹¹⁷.

La Convención de Viena para el propósito del presente trabajo de investigación, entre algunos de sus artículos establece:

Artículo 26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. “El derecho interno y la observancia de los tratados”. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

6.6.1 Jus cogens

Por el latinismo jus cogens entendemos a la norma de máxima jerarquía en el derecho internacional. El concepto con mayor aceptación se encuentra

¹¹⁵ Cardozo, R. (2009) Estudios Sobre la Constitución (pp. 72). Kipus, Cochabamba.

¹¹⁶ Organización de los Estados Americanos, *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Fecha de consulta 27 de noviembre de 2020, de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

¹¹⁷ CEPAL. *Tratados ratificados por Bolivia*. Fecha de consulta 27 de noviembre de 2020 de <https://observatoriop10.cepal.org/es/countries/33/treaties>

el en artículo 53 de la Convención de Viena¹¹⁸, definiendo como “una norma imperativa de derecho internacional general”, también estableciendo:

Para los efectos de esta Convención, una norma imperativa de derecho internacional general, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de naciones como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra norma ulterior de derecho internacional general posterior que tenga el mismo carácter.

Las normas internacionales que se identifiquen como *jus cogens*, por ser una función esencialmente judicial, debido a su naturaleza consuetudinaria, son muy pocas, ahí se evidencia su excepcionalidad¹¹⁹. Para la Corte Interamericana en cuanto a toda forma de discriminación, considera que es aplicable puesto que en la Opinión Consultiva OC-18/03 concluyó:

Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de

¹¹⁸ O’Donnell, D. (2004). *El corpus juris del derecho internacional de los derechos humanos*. En V. V. Alejandro (eds). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano* (pp. 72, 73) Editorial Tierra Firme: Bogotá

¹¹⁹ *Ibid*, pp. 76.

cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas¹²⁰.

6.6.2 Responsabilidad internacional del Estado

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia para establecer responsabilidad internacional, que se haya generado en contra del Estado como entidad jurídica, no teniendo competencia para atribuir responsabilidades individuales, por violaciones a derechos consagrados en pactos suscritos, por ejemplo, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* estableció:

En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que le hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones¹²¹.

Es necesario señalar que la responsabilidad internacional del Estado, es independiente del dolo, es así que la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que un Estado puede ser responsable por acción, y también responsable por omisión o negligencia¹²².

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 100.

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* de 21 de julio de 1989, párr. 134.

¹²² Pizarro Sotomayor, A. y Méndez Powell, F. (2006). *Responsabilidad Estatal*. En P. Andrés y M. Fernando (eds). *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos, Aspectos Sustantivos* (pp. 4). Universal Books: Panamá.

6.6.3 Momento en el cual se genera responsabilidad internacional del Estado

Para establecer en qué momento se genera la responsabilidad internacional, la Corte Interamericana en el Caso Ricardo Canesse Vs. Paraguay estableció:

La Corte debe recordar que la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios. Una posible reparación posterior llevada a cabo en el derecho interno, no inhibe a la Comisión ni a la Corte para conocer un caso que ya se ha iniciado por supuestas violaciones a la Convención Americana...¹²³

Entonces de acuerdo a lo señalado por la Corte, hay responsabilidad estatal por violaciones, incluso después que, en el supuesto caso, el Estado haya reparado a las presuntas víctimas en base a norma específica que se haya generado para la reparación y evitar responsabilidad internacional.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay* de 31 de agosto de 2004, párr. 71.

CAPÍTULO VII

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

7.1 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es el resultado veraz que muestra que un Estado tomó acciones, asumió medidas necesarias en cuanto al cumplimiento de los tratados internacionales que suscribió aplicándolos cabalmente¹²⁴.

El propósito es que un Estado, recuerde que al firmar un tratado internacional, su obligación, su deber es hacer que todos sus niveles, dentro de su competencia gestionen normativas, implementen políticas públicas para que la normativa interna sea compatible con las normas del sistema convencional internacional, todo esto de oficio¹²⁵.

Este control de convencionalidad de acuerdo a Saguez, se proyecta como un instrumento con altos resultados con el objeto de respetar y garantizar en la efectivización de derechos humanos por parte del Estado¹²⁶.

7.1.1 Origen

Su origen se encuentra en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala en el voto concurrente de Sergio García Ramírez, donde se manifiesta:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la

¹²⁴ Carbonell, M. (2015). *Control de Convencionalidad*, El ABC de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad (pp. 175). Editorial Porrúa, México.

¹²⁵ *Ibid*, pp. 176

¹²⁶ Saguez, N.P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, Año 8, N 1. Marzo, pp 118.

representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional¹²⁷.

Este criterio es adoptado por la Corte Interamericana en el Caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, la sentencia establece:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana¹²⁸.

7.1.2 Avances y desarrollo jurisprudencial

En cuanto a los sujetos que tienen la tarea de realizar el control de convencionalidad, la Corte IDH con el transcurso del tiempo fue ampliando en cuanto a los sujetos que tiene la obligación de realizar la convencionalidad de actos y normas, se identifica al menos cuatro etapas que de acuerdo a Bazán V. (2012) en Mac-Gregor, F. señala:

¹²⁷ Carbonell, M. *Op. Cit.* pp. 176.

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006. Párr. 124.

En la primera etapa la Corte refiere que el sujeto que debe llevar a cabo el control de convencionalidad es el "Poder Judicial".(Caso Almonacid Arellano); en un segundo momento la Corte señala a "Órganos del Poder Judicial" (caso Trabajadores Cesados del Congreso); en un tercer desarrollo ya se habla de "Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" (Caso Cabrera Carda y Montiel Flores); y finalmente se establece que el control de convencionalidad, recae en "Cualquier autoridad pública y no solamente en el Poder Judicial" (Caso Gelman contra Uruguay)¹²⁹.

Con todos estos antecedentes y de acuerdo a la "Doctrina del Control de Convencionalidad", hay abundantes fundamentos en la normativa convencional que fue desarrollada por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en ese sentido hay un mandato a todos los jueces y autoridades administrativas de los Estados parte, el de controlar la eficacia del parámetro de convencionalidad, aplicando los estándares más altos y principios como el de progresividad, favorabilidad, pro-actione y efectividad en cuanto a la protección de los derechos de las personas en armonía con el Estado Constitucional de Derecho¹³⁰.

En Bolivia de acuerdo al entendimiento desarrollado en la SC 0110/2010-R, "el parámetro de Convencionalidad, se encuentra inserto en el Bloque de Constitucionalidad", es así que dentro del modelo argumentativo actual:

Toda autoridad jurisdiccional y en última instancia el Tribunal Constitucional Plurinacional, tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad antes señalado merced al principio de *constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos*, a cuyo efecto, deben interpretar las normas infra-constitucionales "desde y conforme al Bloque de Constitucionalidad", aspecto que además garantizará el cumplimiento del deber de control de convencionalidad aquí procesado¹³¹.

¹²⁹ Carbonell, M. *Op. Cit.* pp. 179.

¹³⁰ Attard Bellido, M.E. (2018) "*Litigio estratégico para la defensa constitucional de derechos fundamentales*". material del Módulo la Protección internacional de los Derechos Humanos, maestría "Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Procesal Constitucional" - UAJMS. pp. 8.

¹³¹ *Ibid*, pp. 11

7.2 MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN

7.2.1 Definición

Podemos definirla como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado¹³².

De acuerdo a Arai Takahashi, Y. (2007) en Barbosa, lo define como la posibilidad del Estado, al momento de evaluar situaciones prácticas a la vez aplicar normativa establecida en los tratados internacionales referentes a los derechos humanos¹³³.

Con lo señalado por estos doctrinarios, es posible señalar que el margen nacional de apreciación debe ser entendido como un reducto o criterio de interpretación y además aplicación en cuanto a los derechos humanos por parte de tribunales regionales de los Estados, debe su existencia a la ausencia de consenso entre Estados parte de un Pacto, que tiene como consecuencia que los referidos tribunales regionales de los Estados, no cuenten con una interpretación unificada¹³⁴.

7.2.2 División del margen de apreciación

De acuerdo a Delmas-Marty, M. e Izorche, M.M. (1995), leída en Barbosa (2012), el margen de apreciación podría dividirse en dos partes, interno y externo¹³⁵.

¹³² Barbosa, F. R. (2012). *El Margen Nacional de Apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Entre el Estado de Derecho y la Sociedad Democrática*. [Libro en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Fecha de Consulta: 15 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/7.pdf>

¹³³ *Ibid*, pp. 52.

¹³⁴ *Ibid*. pp. 53.

¹³⁵ *Ibid*

7.2.3 Carácter Interno

Este se desarrolla mediante un diálogo entre el derecho interno de un Estado con el derecho internacional, adaptando el Estado principios fundadores dentro de su ordenamiento, entonces cuando un Estado firma y ratifica un instrumento internacional de derechos humanos, está obligándose a respetar y garantizar estos derechos¹³⁶.

7.2.4 Carácter Externo

Al ser denunciado un Estado por violaciones a derechos humanos, aparece la jurisdicción internacional con la cual estará enfrentado, aunque los tribunales regionales verificarán si antes se agotaron las medidas legales internas por el principio de subsidiariedad, cumplidos los requisitos los tribunales regionales cumpliendo principios reconocidos en Convenios Internacionales valorarán las medidas de restricción asumidas por parte del Estado, en cuanto a su margen nacional de apreciación, con esto es evidente que el margen nacional de apreciación es un espacio restringido para un Estado frente a los derechos fundamentales¹³⁷.

7.2.5 Origen

Fue desarrollada con amplitud por la jurisprudencia de la extinta Comisión y de la Corte Europea de Derechos Humanos en 1958, específicamente en el caso de Chipre, antes de que se independizara de Inglaterra, concedores de la aplicación del artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos, esta norma permite la suspensión de los derechos estipulados en la mencionada Convención dentro de los límites requeridos y exigencias¹³⁸.

¹³⁶ *Ibid*

¹³⁷ *Ibid*, pp. 54.

¹³⁸ Faundez Ledezma, H. *Op. Cit.* pp. 62.

En esas circunstancias la Comisión Europea de Derechos Humanos, manifestó que:

La Comisión siempre tiene la competencia y el deber de examinar y pronunciarse sobre la determinación de un gobierno de que existiría una emergencia pública amenazando la vida de la nación para los propósitos de ese artículo; pero el gobierno debe tener alguna discreción y algún margen de apreciación para determinar si existe una emergencia pública que amenace la vida de la nación y que deba ser enfrentada con las medidas excepcionales de suspensión de sus obligaciones normales en el marco de la Convención”¹³⁹.

7.3 MARGEN DE APRECIACIÓN EN LA COMISIÓN Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El margen de apreciación nacional ha sido receptada expresamente en la CADH, contribuyendo al afianzamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos¹⁴⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, referente a que un Estado no puede incumplir sus obligaciones internacionales invocando disposiciones de su derecho interno estableció:

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos¹⁴¹.

¹³⁹ *Ibid*

¹⁴⁰ Buenader, E. (2018). La Doctrina del Margen de Apreciación Nacional y la Obligatoriedad de los Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El Derecho – Diario de Doctrina y Jurisprudencia Universidad Católica Argentina*, N 14.470, agosto, pp. 4.

¹⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004. Párr. 193.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también hizo uso de la doctrina de margen de apreciación nacional en el Informe de Fondo N° 48/00 Vs. Perú, donde el Dr. Walter Humberto Vásquez Vejarano denunció que mediante un decreto presidencial, fue removido como magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Perú, esto en base a un decreto ley que disolvió el Congreso Nacional y el Consejo Nacional de la Magistratura de Perú, declarándose la reorganización del Poder Judicial, Ministerio Público y Contraloría General de la República del Perú.

La Comisión entendió que:

Aunque en general recae en los propios Estados y sus poderes públicos en particular el "margen de apreciación" para determinar la necesidad de declarar el estado de emergencia, por tener un conocimiento directo e inmediato de las circunstancias de hecho por las que atraviesa el país, ese margen de apreciación no es ilimitado. La Comisión tiene la función de evaluar si las circunstancias que condujeron al Gobierno peruano a declarar una emergencia en abril de 1992 encuadran dentro del significado convencional de los términos "guerra, peligro público" u "otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte". La Comisión debe evaluar, por ejemplo, si Perú ha excedido la "medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación". En consecuencia, el margen de apreciación a nivel interno está acompañado por una supervisión interamericana. La Comisión debe valorar apropiadamente aspectos relevantes, tales como naturaleza de los derechos afectados por la suspensión, las circunstancias que motivaron el estado de emergencia y su duración¹⁴².

7.4 LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACIÓN

7.4.1 Principio de supremacía

¹⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N 48/00 Caso 11.166, 13 de abril de 2000. Párr. 55.

La Constitución es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico del Estado, las demás normas infra-constitucionales están subordinadas a la Constitución, no pueden ir contra ella, más al contrario deben ser coherentes con la Norma Suprema, la cual “subordina, limita, condiciona y organiza a los poderes constituidos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, como al resto de las entidades incluyendo Fuerzas Armadas y Policía, el primer antecedente de este principio lo encontramos en el artículo 6, numeral 2 de la Constitución norteamericana de 1787¹⁴³, que establece:

“Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado¹⁴⁴”.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha modificado seriamente la teoría de la supremacía constitucional, puesto que los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, llegan a tener supremacía sobre el orden constitucional de los Estados¹⁴⁵.

Es así que la Constitución Política del Estado, artículo 256. I establece:

Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

¹⁴³ Arce Zaconeta, H. E. (2019). *Derecho Constitucional y Constitución*. Derecho Procesal Constitucional Boliviano (pp. 65). Editora Presencia SRL: La Paz.

¹⁴⁴ National Archives, *La Constitución de los Estados Unidos de América 1787*, Fecha de consulta, 23 de noviembre de 2020, de <https://www.archives.gov/espanol/constitucion#page-header>

¹⁴⁵ Arce Zaconeta, H.E. *Op. Cit.* pp. 66.

Concordante con el artículo 13.IV la misma establece:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

El artículo 256 de la Constitución suma al bloque de constitucionalidad los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado. Vemos que se hace a un lado el requisito de “ratificación necesaria” de los tratados, “*y se amplía el criterio polisémico de ‘instrumentos internacionales’ en materia de derechos humanos, con lo que se despliega una pluralidad de instrumentos*” con la condición que estos instrumentos internacionales establezcan derechos más favorables a los establecidos en la Constitución, asumiendo el hecho de ponderar derechos, cuando estos sean más favorables¹⁴⁶.

7.4.2 El Bloque de Constitucionalidad en Bolivia

El modelo Constitucional vigente, establece la igual jerarquía de derechos individuales, colectivos y difusos que indudablemente debe aplicarse a todas las normas imperantes, su origen se encuentra en los Tratados Internacionales relacionados a derechos humanos, los cuales surgen de órganos supra-estatales de protección de derechos humanos, es así que la teoría del Bloque de Constitucionalidad aplicable al Estado Plurinacional de Bolivia, fue desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0110/2010-R, donde se hizo una interpretación extensiva y evolutiva del artículo 410.II de la Constitución, señalando que el Bloque de Constitucionalidad “está conformada por la Constitución como texto escrito; los

¹⁴⁶ Rojas Tudela, F. (2018). *Interpretación*. En D. Claudia (ed). Constitución y Deconstrucción (pp. 86,87). Editora Presencia: La Paz.

tratados internacionales referentes a Derechos Humanos incluidas las decisiones y directrices que emanen tanto del Sistema Universal como Interamericano de Protección de Derechos Humanos; los Acuerdos de Integración y los principios y valores supremos de carácter plural¹⁴⁷.

En ese sentido “inequívocamente los estándares jurisprudenciales emanados en particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los principios y directrices rectores para la vigencia de derechos, forman parte del bloque de constitucionalidad boliviano y deben irradiar de contenido todo el ordenamiento infra-constitucional y guiar la labor jurisdiccional y administrativa a partir de su directa aplicación”¹⁴⁸.

Con lo descrito el Bloque de Constitucionalidad está compuesto por “El texto escrito de la Constitución; los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos; los Tratados y Acuerdos de Integración y los Principios y Valores plurales supremos a la luz del vivir bien”¹⁴⁹.

7.5 EL FUTURO DEL MARGEN DE APRECIACIÓN

Tomando en cuenta el principio *in dubio pro homine*, como el *ius cogens* además del Bloque de Constitucionalidad en nuestro país, nuestros tribunales con todas las herramientas con las que se cuentan, deben asumir un rol protagónico en cuanto al margen de apreciación nacional, puesto que de acuerdo a Sanz Caballero, S. S. (2012) leída en el trabajo de Marrama (2016) “Los desafíos que plantea la existencia de una pluralidad de tribunales internacionales, generalistas unos, especializados los más, no harán en el futuro más que crecer, demostrando con ello que no estamos ante un tema

¹⁴⁷ Attard Bellido, M.E. (2018) “*El Modelo Argumentativo en clave plural intercultural y descolonizante como máxima expresión del Estado Constitucional de Derecho*”. material del Módulo la Protección internacional de los Derechos Humanos, maestría “Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Procesal Constitucional” - UAJMS. pp 3,4.

¹⁴⁸ Ibid

¹⁴⁹ Ibid

cerrado y exigiendo mayores esfuerzos de investigación internacional en este campo”¹⁵⁰, finalmente nuestros tribunales tienen que ser protagonistas en el control de convencionalidad en cuanto a los fallos que emiten, cumpliendo precisamente lo establecido en la Constitución Política del Estado.

¹⁵⁰ Marrama, S. E. (2016). *Control de Convencionalidad y Margen de Apreciación Nacional*. [Libro en línea]. Fecha de consulta: 20 de octubre de 2020, Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/Marrama%20I.16.pdf>

CAPÍTULO VIII

LITIGIO ESTRATÉGICO

8.1 CONCEPTO

La mayoría de los conceptos están relacionados con los efectos, puesto que su resultado, rebasa las pretensiones de las partes, beneficiando a la sociedad en su conjunto, supera la simple aplicación de la ley para un individuo, buscando transformaciones profundas en una sociedad democrática¹⁵¹. Para Skilbeck, R. (2013) leído en el trabajo de Carvalho y Baker (2014) “*El litigio estratégico en derechos humanos busca, por medio del uso de la Ley, promover cambios sociales en pro de los individuos cuyas voces no serían escuchadas*”¹⁵².

Si bien no hay una definición única, sea en la esfera nacional o internacional litigio estratégico consiste en la “identificación, socialización, judicialización y seguimiento de casos emblemáticos de graves violaciones de derechos humanos con el fin de lograr un cambio estructural en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un determinado Estado o ámbito internacional”¹⁵³.

Con los antecedentes y tomando en cuenta la realidad latinoamericana podemos conceptualizar al litigio estratégico como:

¹⁵¹ Villarreal, M. (2007) *El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público*. El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico (pp. 18-19). PANORAMA: México, D.F.

¹⁵² Carvalho, S. y Baker, E. (2014). Experiencias de Litigio Estratégico en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 11 Nº 20, junio - diciembre, pp. 471.

¹⁵³ Abogados sin Fronteras (2013). Litigio Estratégico Integral en Defensa del Derecho Fundamental al Territorio. [libro en línea]. ECOSUEÑO. Fecha de consulta 29 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.asfcanda.ca/uploads/publications/uploaded_asfc-onic-litigio-estrategico-integral-en-defensa-del-derecho-fundamental-al-territorio-pdf-43.pdf

una herramienta que se aplica de manera planificada requiriendo al menos de recursos financieros, técnicos y comunicacionales —en especial si se enmarca dentro de una campaña— que se caracteriza por ser impredecible al sistema y que como resultado incidirá en la arena de la formulación de políticas públicas (en los hacedores y tomadores de decisión) y/o en la manera de aplicar la norma jurídica, así como en la conciencia del colectivo de manera que se genere apropiación de un derecho o una injusticia¹⁵⁴.

Con todas estas nociones vemos que el litigio estratégico, busca generar cambios en las políticas de gobierno, en los poderes que lo integran y en definitiva en la sociedad, en su relación con los derechos humanos permite concluir que los cambios que se buscan son favorables.

Hay que resaltar que no todas las violaciones a los derechos humanos, deben necesariamente ser abordados mediante el litigio estratégico, tomando en cuenta que no solamente se busca una transformación jurídica, sino cambios estructurales en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil, en ese sentido la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos señala cuatro presupuestos para ser utilizado:

1. El derecho no es observado (en los sustantivos o en lo procedimental);
2. Hay discordancia entre el derecho interno y los estándares internacionales;
3. No hay claridad en el derecho existente;
4. La ley se aplica reiteradamente de manera inexacta y/o arbitraria¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Benjumea, A. y Pedrosa, C. (2015). *Antecedentes y aproximación a una definición de litigio estratégico*, Por una justicia para las mujeres: Litigio estratégico (pp. 10). Ediciones Ántropos Ltda: Bogotá.

¹⁵⁵ Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (2011) *Litigio Estratégico en Derechos Humanos Modelo para armar*. [Libro en línea]. The MacArthur Foundation. Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2020. Disponible en <http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-litigio-estrategico-en-derechos-humanos-modelo-para-armar.pdf>

8.2 EL LITIGIO ESTRATÉGICO EN EE.UU. CASOS EMBLEMÁTICOS

8.2.1 *Wrown v. Board of Education*

Este caso demostró la obvia discriminación que sufrían los estudiantes afroamericanos por motivo de raza, y la vulneración del derecho a la igualdad por las leyes que separaban escuelas entre estudiantes blancos y estudiantes afroamericanos.

De acuerdo a Walker, S. (1999) leído en el trabajo de Campana (2016) “La decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos – CSEU, en *Brown v. Board of Education* del 17 de mayo de 1954 marcó el comienzo de una nueva era, tanto en materia de derechos civiles como de la historia de la CSEU. La decisión unánime que declaraba la inconstitucionalidad de las escuelas segregadas fue tanto como un punto de inflexión como lo fue la censura de McCarthy. Al golpear la profunda segregación *de jure* en el sur, *Brown* prometía la protección judicial a los derechos de las minorías y dramáticamente daba una nueva forma a la agenda política nacional”¹⁵⁶.

Esta sentencia es considerada un hito en el reconocimiento y protección de derechos y libertades, pues declaró en contra de la segregación en las escuelas al ser esta inconstitucional.

Para una mejor comprensión de la Sentencia, se debe recordar que en la sociedad norteamericana en 1954, en casi todas sus instituciones existía segregación, desde hospitales, cementerios, hoteles, parques, buses, restaurantes, baños públicos e incluso el matrimonio como institución, puesto que existían leyes que penalizaban el casamientos entre personas de distintas razas, la intención de modificar estas prohibiciones y penalizaciones habría

¹⁵⁶ Campana, M.N. (2016). *Campañas de litigio estratégico y reconocimientos jurídicos al colectivo de la diversidad sexual* (Tesis Doctoral). Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba – Argentina.

tenido como respuesta una violenta oposición, hay evidencia donde se muestra que los ministros de la Corte anticiparon la violenta oposición que hubiere costado anular las restantes leyes que aprobaban la segregación, entonces la decisión no habría sido respetada, sumando que el poder ejecutivo ni el congreso estaban dispuestos a obligar el cumplimiento de la orden, entonces la Corte sabía o suponía esto, y estaba consciente de que sembraban una idea que con el paso del tiempo serviría para solucionar el conflicto¹⁵⁷.

De acuerdo a Patterson, J. en Williams. (2004) leído en el trabajo de Robbins (2007), “casi todos los afroamericanos del sur que ingresaron a una escuela primaria segregada en 1954, egresaron doce años después en colegios todavía segregados”, entonces quizá el éxito de la decisión no es al logro en la integración de las escuelas por sí mismo, sino que la frase emblemática de la decisión “separados pero iguales es inherentemente desigual”, cambiando el debate en cuanto a la segregación, y poniendo mayor énfasis a la lucha por la igualdad¹⁵⁸.

En “Brown” es visible la manera en la que el poder judicial, está en diálogo constante con los otros poderes y con la sociedad en general, a través de su decisión la Corte sugirió una idea de igualdad, que impulsó una lucha en la sociedad, poniendo presión al poder ejecutivo en cuanto al debate político y jurídico por la segregación, aunque hay que reconocer que este papel de una Corte, es peligroso pues el éxito o fracaso de los fallos (se reconoce el capital político de la Corte), no depende de la Corte en sí misma, tiene pocos mecanismos para influir en este debate, por esta razón antes de tomar una decisión así, la Corte debe hacer una estimación política, puesto que si esas

¹⁵⁷ Robbins, J. (2007) Re-leyendo los casos “Brown v. Board of education”, “Marbury v. Madison” y “Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus”: Lecciones para el litigio estratégico en la Argentina. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, pp 90 - 94.

¹⁵⁸ *Ibid*, pp. 96, 97

fuerzas que luchan por mayor integración pudieran perder en su lucha, la Corte también perdería una parte de su innegable capital político. “La historia de los Estados Unidos que sigue al fallo ‘Brown’ da un gran sustento a esta hipótesis”¹⁵⁹.

También una gran lección de “Brown”, es que, al reconocer el límite de su capital político, la Corte eligió el camino de la prudencia, antes que el camino de la orden directa, e imponer una decisión que la población no esté lista de aceptar, al menos inmediatamente, entonces:

El desafío para una Corte a la que le falta capital político para obligar a los otros poderes a que cumplan con sus órdenes, entonces, es dictar un fallo que logre modificar el debate y que lo incentive. Debe liderar, pero debe ser prudente, puesto que si no correrá el riesgo de que la sociedad no recoja el guante. Debe pensar en cómo puede promover un debate que resulte capaz, en última instancia, de provocar el cambio deseado¹⁶⁰.

8.2.2 Obergefell: Matrimonio para todos

Fuera de los aspectos ya mencionados en un anterior capítulo, en cuanto al litigio estratégico, en este caso la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en su decisión, salió de su rol indiferente a casos complejos, con el objetivo de acabar con la falta de homogeneidad en cuanto al matrimonio igualitario en la federación y al igual que Brown finalizaría con la decisión del máximo tribunal judicial federal de los Estados Unidos¹⁶¹.

En el año 2013 James Obergefell y Jhon Arthur, una pareja del mismo sexo, deciden contraer matrimonio en el Estado de Maryland, aunque ellos residían en el Estado de Ohio que no reconocía su matrimonio, por lo cual demandaron a este Estado, con el argumento que las leyes del Ohio

¹⁵⁹ Ibid, pp. 98

¹⁶⁰ Ibid, pp. 102, 103

¹⁶¹ Campana, M.N. *Op. Cit. pp. 152*

discriminaba a las parejas del mismo sexo, esta pareja tuvo que celebrar su matrimonio civil en otro Estado de la Federación, el matrimonio era importante para ellos puesto que Jhon Arthur padecía una enfermedad terminal (esclerosis lateral amiotrófica) por tal razón ellos pretendían registrar su matrimonio en el Registro Estatal de Ohio, y proteger con aspectos relacionados a sucesiones a su pareja, en julio de ese año un juez ordenó de manera cautelar el registro de dicha acta, considerando que al igual que cualquier otro matrimonio que haya sido reconocido en otro Estado de la federación, también debería ser considerado legal en Ohio, en octubre Jhon Arthur falleció, y pese a que el juez se negó a declarar abstracta la cuestión, el 23 de diciembre resolvió que la negativa estatal de reconocer estos matrimonios era discriminatoria, debiendo reconocerlos en otros Estados¹⁶².

Esta Decisión fue apelada ante la Cámara Federal de Apelaciones del Sexto Circuito, donde por mayoría de sus miembros, se determinó que la prohibición del matrimonio entre parejas del mismo sexo no violaba la Constitución de los Estados Unidos, esta Decisión fue recurrida a la Corte Suprema de los Estados Unidos y el 26 de julio de 2015, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que la normativa en cuanto a la prohibición estatal de celebrar este tipo de matrimonios o de reconocer los celebrados en otros estados, violaba el debido proceso, al igual que la protección igualitaria de la decimocuarta enmienda, afirmando que los derechos fundamentales se extienden a “ciertas elecciones personales centrales para la autonomía y la dignidad humana, incluyendo elecciones íntimas que definen las creencias e identidad personales” entre las que se incluyen incluir el derecho al matrimonio¹⁶³.

Las cuatro premisas por las cuales se explicó el derecho fundamental de contraer matrimonio fueron señaladas en el capítulo II, con las cuales se

¹⁶² Ibid

¹⁶³ Ibid, pp. 153

declaró inconstitucional toda norma que de alguna manera restrinja el matrimonio entre personas del mismo sexo en todos los Estados.

La respuesta al argumento estatal en cuanto a que esta decisión debía ser resuelta mediante mecanismos democráticos y no judiciales, la Corte estableció “que cualquier persona puede invocar la protección de un derecho constitucional cuando este ha sido violado, incluso si la mayoría de la población no está de acuerdo y si las legislaturas se niegan a actuar” ya que “los derechos fundamentales no deben ser sometidos a ninguna votación”, recordando que las parejas de este tipo no constituyen alguna forma de peligro para ellas mismas como para terceros¹⁶⁴.

Finalmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció:

Ninguna unión es más profunda que la del matrimonio, por encarnar los más altos ideales de amor, fidelidad, devoción, sacrificio y familia. Al formar una unión marital, dos personas se convierten en algo más grande de lo que ellas eran. Tal como algunos demandantes en estos casos demuestran, el matrimonio materializa un amor que puede perdurar incluso después de la muerte [...]. Ellos esperan no ser condenados a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más viejas de la civilización. Ellos exigen igual dignidad ante los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho¹⁶⁵.

Este fallo puso fin a una de las más grandes campañas de litigio estratégico iniciada en los años 70, con la primera demanda de reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo, con avances y retrocesos, enfrentando bastante resistencia por parte de sectores conservadores, pero que contó con un importante apoyo por parte de la opinión pública para el año

¹⁶⁴ Ibid, pp. 154

¹⁶⁵ Ibid

2015, además de respaldo político¹⁶⁶ y judicial, una lucha de 40 años había concluido¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Inicialmente el Gobierno de Barack Obama había defendido la Ley Federal de Defensa del Matrimonio (DOMA) en los tribunales, que era contraria a este tipo de matrimonios, para después en el año 2011 mediante una carta dirigida al Congreso y el Fiscal General de EE.UU., quitar el respaldo a esta Ley, aunque el Ejecutivo de ese país no anuló la vigencia de esa Ley Federal. Puede consultarse en <https://www.rtve.es/noticias/20110223/obama-retira-su-apoyo-ley-define-matrimonio-como-unión-varón-mujer/410813.shtml>

¹⁶⁷ Campana, M.N. *Op. Cit.* pp.154.

CAPÍTULO IX

RESULTADOS

Los resultados obtenidos en la investigación tienen relación con el planteamiento del problema y los objetivos planteados, en consecuencia, se presentarán los resultados de los objetivos de manera secuencial dejando el resultado del objetivo general para el final.

Objetivo específico: Analizar el marco jurídico constitucional boliviano en relación al matrimonio igualitario y legislación comparada

Resultado. - Bolivia es de los pocos países en los cuales su Constitución hace referencia expresamente que el matrimonio es entre varón y mujer, esto puede que haya facilitado que en Latinoamérica hasta julio de 2020 siete países ya reconozcan el matrimonio igualitario.

Objetivo específico: Analizar los estándares mínimos de protección interpuestos por la Corte IDH en la protección de uniones de personas del mismo sexo.

Resultado.- La Convención Americana de Derechos Humanos estableció que la orientación sexual es una categoría protegida, debiendo los Estados incorporar en su legislación interna normas de protección que eviten por acción u omisión toda forma de violencia, tortura y malos tratos, efectivizar el derecho a la igualdad y la no discriminación e intolerancia sin distinción alguna, garantizando el derecho a la salud, educación, trabajo, vivienda, acceso a la seguridad social, libre expresión y asociación, cumpliendo estándares internacionales, no hacerlo podría generar responsabilidad internacional.

Objetivo específico: Analizar los fundamentos jurídicos de la Sentencia 0076/2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional

Resultado.- El Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia 0076/2017 no se pronunció en cuanto al fondo respecto a la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, manifestando que apremia un debate democrático que involucre a la sociedad en su conjunto, no aplicando las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos establecidos en los artículos 410; 14; 13.I; 13.IV y 256 del texto constitucional, por tanto no se realizó un control de convencionalidad, al no tomar en cuenta lo establecido en las Sentencias de la Corte como de las Opiniones Consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Objetivo específico: Establecer si las Resoluciones de la Corte IDH y de la función consultiva de la Convención Americana son vinculantes

Resultado. - Las decisiones de la Corte IDH que emergen de la competencia contenciosa son vinculantes y las Opiniones Consultivas que emergen de la competencia consultiva de facto son también vinculantes, puesto que son utilizadas en la ratio decidendi de las sentencias que emiten en su función contenciosa.

Objetivo específico: Analizar el margen de apreciación nacional

Resultado.- El Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia 0076/2017, refiere que en cuanto a “...*todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...*”, es contrario a lo establecido en la CPE, tomando en cuenta una definición jurídica del matrimonio que refiere que el mismo se celebra entre varón y mujer, por tanto se aprecia el margen de apreciación nacional en la Sentencia, sin ser protagonistas en el control de convencionalidad, asumiendo con convicción el margen de apreciación nacional, puesto que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos modificó la supremacía constitucional, que en el futuro no harán más que crecer.

Objetivo específico: Analizar el litigio estratégico en Derechos Humanos

Resultado. - A futuro es de esperar que con una herramienta tan útil como el litigio estratégico, se busque nuevamente y se realice aquello que señaló el TCP en la sentencia 0076/2017 un debate democrático que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto y por los casos presentados, que muestran la importancia del litigio estratégico en la lucha de sectores minoritarios o discriminados, nuestros tribunales deben estar preparados para ello.

OBJETIVO GENERAL

Analizar la Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017, a través del estudio de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo establecido por la Constitución y el Tribunal Constitucional Plurinacional, para determinar la correcta aplicación del Control de Convencionalidad y establecer posibles márgenes de apreciación nacional en la declaración de inconstitucionalidad del párrafo II del Art. 11 de la Ley de Identidad de Género que indirectamente declara la inconstitucionalidad del matrimonio de personas del mismo sexo.

RESULTADO

De acuerdo a los objetivos específicos es evidente que no hubo un control de convencionalidad y de la misma forma no hubo un margen de apreciación nacional que haya tomado en cuenta estándares internacionales de protección de derechos humanos, aunque de la experiencia del caso *Brown v. Board of Education*, este fallo nos enseña que una sentencia emitida para nuestro caso Tribunal Constitucional Plurinacional, puede ser haya elegido el camino de la prudencia puesto que hay posibilidad de que el Órgano Ejecutivo ni Órgano Legislativo no hayan estado dispuestos a obligar su cumplimiento, que está relacionado a la aceptación de una población que no esté lista para aceptar,

también se recoge la experiencia que una sentencia puede sembrar una idea hacia futuro, algo que no hizo la sentencia pues se limitó a señalar que “apremia un debate democrático que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto”.

CAPÍTULO X

CONCLUSIONES

Es indudable que lo manifestado en la Sentencia 0076/2017, apremia un debate democrático que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto, en cuanto al matrimonio igualitario, no se puede negar que en nuestra sociedad existen sectores homofóbicos, discriminadores aun así, la protección de derechos humanos deben ser garantizados, incluso si la mayoría de la población no está de acuerdo, además que los derechos y garantías contemplados en el Bloque de Constitucionalidad no deben ser sometidos a votación.

El matrimonio ha proporcionado una protección mayor que cualquier otra figura jurídica, no legislarla hace que las parejas del mismo sexo no gocen de su protección, algo que representa una discriminación indebida, no refleja una realidad social acorde a la evolución del derecho en las sentencias de la Corte IDH, que son vinculantes para nuestro país, como tampoco de legislación comparada, puesto que países vecinos por ejemplo Ecuador en aplicación del margen de apreciación y también criterio vinculante de la Opinión Consultiva 24/2017, permitió el matrimonio igualitario antes que Costa Rica (Estado solicitante de la Opinión Consultiva).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Abogados sin Fronteras (2013). *Litigio Estratégico Integral en Defensa del Derecho Fundamental al Territorio*. [Libro en línea]. ECOSUEÑO. Fecha de consulta 29 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.asfcandada.ca/uploads/publications/uploaded_asfc-onic-litigio-estrategico-integral-en-defensa-del-derecho-fundamental-al-territorio-pdf-43.pdf

Andreu, F., Ibáñez, J. M., Antkowiak, T., Martins, L., Ayala, C., Mujica, J., Beloff, M., Nash, C., Bertoni, E., Nuño, A., Caballero, J. L., Pelayo, C., Casal, J. M., Rábago, M., Correa, C., Rivero, M., Courtis, C., Rodríguez, G., Donoso, G., Ruiz, O., Dulitzky, A., Sagüés, N., Elizalde, P., Sánchez, L. M., Ferrer MacGregor, E., Tojo, L., Gonza, A., Uprimny, R., Huaco, M. y Zelada, C., (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentarios*. Editorial Plural. La Paz.

Arce Zaconeta, H. E. (2019). *Derecho Procesal Constitucional Boliviano*. Editora Presencia SRL. La Paz.

Asamblea Plurinacional de Bolivia (2016). *Ley de Identidad de Género*, Ley del 21 de mayo de 2016, Ley N° 80. Gaceta Oficial de Bolivia. Bolivia.

Attard Bellido, M.E. (2018) “*El Modelo Argumentativo en clave plural intercultural y descolonizante como máxima expresión del Estado Constitucional de Derecho*”. Material Módulo Protección internacional de los Derechos Humanos, maestría “Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Procesal Constitucional” - UAJMS.

Attard Bellido, M.E. (2018) “*Litigio estratégico para la defensa constitucional de derechos fundamentales*”. Material Módulo Protección internacional de los Derechos Humanos, maestría “Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Procesal Constitucional” - UAJMS.

Baldiviezo, R. (2010), Apuntes sobre la reforma constitucional en Bolivia. *Revista Boliviana de Derecho*, N 9. Enero, pp 25.

Barbosa, F. R. (2012). *El Margen Nacional de Apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Entre el Estado de Derecho y la Sociedad Democrática*. [Libro en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Fecha de Consulta: 15 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/7.pdf>

Benjumea, A. y Pedrosa, C. (2015). *Por una justicia para las mujeres: Litigio estratégico*. Ediciones Ántropos Ltda. Bogotá.

Belluscio, A.C. (2002) *Manuel de Derecho de Familia*. Editorial Astrea: Buenos Aires

Bossert, G.A. y Zannoni E.A. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Astrea. Buenos Aires.

Bustillos, J. (2011). Derechos Humanos y Protección Constitucional. Breve estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México y en perspectiva comparada, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 132, septiembre - diciembre, pp 1020.

Buenader, E. (2018). La Doctrina del Margen de Apreciación Nacional y la Obligatoriedad de los Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El Derecho – Diario de Doctrina y Jurisprudencia Universidad Católica Argentina*, N 14.470, agosto, pp. 4.

Campana, M.N. (2016). Campañas de litigio estratégico y reconocimientos jurídicos al colectivo de la diversidad sexual (Tesis Doctoral). Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba – Argentina

Cardozo, R. (2009) *Estudios Sobre la Constitución*. Ediciones Kipus, Cochabamba

Carbonell, M. (2015). *El ABC de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad*. Editorial Porrúa, México.

Carvalho, S. y Baker, E. (2014). Experiencias de Litigio Estratégico en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 11 N° 20, junio - diciembre, pp. 471.

CEPAL. *Tratados ratificados por Bolivia*. Fecha de consulta 27 de noviembre de 2020 de <https://observatoriop10.cepal.org/es/countries/33/treaties>

Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (2011) *Litigio Estratégico en Derechos Humanos Modelo para armar*. [Libro en línea]. The MacArthur Foundation. Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2020. Disponible en <http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-litigio-estrategico-en-derechos-humanos-modelo-para-armar.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica*. Fecha de Consulta 4 de marzo de 2020, de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

De Casas, C. I. (2019). ¿Qué son los estándares de derechos humanos? *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 9, N° 36. pp. 294.

Delgado Ramos, D. (2018). *Obergefell contra Hodges: La Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el Matrimonio entre Personas del mismo Sexo*. *Revista de Derecho Político*, N° 99. Mayo - agosto, pp 335- 339.

Diccionario Enciclopédico Universal (1993). Cultural, S.A. Ediciones. Madrid.

Estefan Vargas, S. (2013). Discriminación estatal de la población LGBT. Casos de transgresiones a los Derechos Humanos en Latinoamérica. *Revista Sociedad y Economía*, N° 25. Octubre, pp. 185.

Faundez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Editorial. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José.

Guardia, A. (2003). La codificación boliviana: una respuesta jurídica al liberalismo, *Revista Politeia*, N° 31, Julio - diciembre, pp. 74.

Guerra Araya, P. (2018). Obergefell y el Largo Camino Hacia el Matrimonio Igualitario. *Estudios Constitucionales*, N° 2. Abril, pp 118 – 119.

Hottois, G. (2007). La diversidad sin discriminación: entre modernidad y posmodernidad, *Revista Colombiana de Bioética*, Vol. 2, N° 2. pp 48 - 49.

León Moreta, M. (2019). La fuerza vinculante de la OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo Sexo” para el Estado Ecuatoriano. *FORO Revista de Derecho*, N° 32, julio-diciembre, pp.46.

Marrama, S. E. (2016). *Control de Convencionalidad y Margen de Apreciación Nacional*. [Libro en línea]. Fecha de consulta: 20 de octubre de 2020, Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/Marrama%20I.16.pdf>

Marín González, J. C., (2011). El Recurso de Queja y la orden de no innovar a propósito del caso Atala. *Revista de Estudios de la Justicia – Universidad de Chile*, N° 15. pp. 276.

National Archives, La Constitución de los Estados Unidos de América 1787, Fecha de consulta, 23 de noviembre de 2020, de <https://www.archives.gov/espanol/constitucion#page-header>

Naciones Unidas, La Declaración Universal de Derechos Humanos. Fecha de Consulta, 3 de marzo de 2020. de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, de 22 de diciembre de 2008

NODAL (2020). Costa Rica: repercusiones dentro y fuera del país tras la validación del matrimonio igualitario. Fecha de consulta 15 de julio de 2020, de <https://www.nodal.am/2020/05/costa-rica-repercusiones-dentro-y-fuera-del-pais-tras-la-validacion-del-matrimonio-igualitario/>

Nikken, P. (1999). La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. [en línea]. pp. 176. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf>

O'Donnell, D. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Editorial Tierra Firme: Bogotá

Organización de los Estados Americanos, *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Fecha de consulta 27 de noviembre de 2020, de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Pizarro Sotomayor, A. y Méndez Powell, F. (2006). *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos, Aspectos Sustantivos*. Universal Books. Panamá.

Quintana Osuna, K. I. (2015) Matrimonio Igualitario en México. Su evolución desde la Judicatura. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. [en línea] Vol. 1 N° 1, Julio – Diciembre, pp 235. Fecha de consulta: 24 de enero de 2020. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/202006/12_QUINTANA_REVISTA%20CEC_01.pdf

Robbins, J. (2007) Re-leyendo los casos “Brown v. Board of education”, “Marbury v. Madison” y “Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus”: Lecciones para el litigio estratégico en la Argentina. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, pp 90 - 94.

Romero Pérez, J.E. (2019). Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 148. Enero – Abril, 186 – 188.

Rojas Tudela, F. (2018). *Constitución y Deconstrucción*. Editora Presencia: La Paz.

Saguez, N.P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, Año 8, N 1. Marzo, pp 118.

Seco Martínez, J. M., (2017). De la igualdad formal a la igualdad material cuestiones previas y problemas a revisar. *Revista Derechos y Libertades*, N° 36. Enero, pp. 68

Serrudo Santelices, P. “La protección jurídica a parejas del mismo sexo: Su fundamento en la Constitución democrática boliviana de 2009”. 2018 material del Módulo la Protección internacional de los Derechos Humanos, maestría “Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Procesal Constitucional”.

Szmulewicz Ramirez, E. (2012). Igualdad, orientación sexual y juicio estricto de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 19, N 1, enero, pp 437 – 441

Sieteiglesias, E. (2020) ¿En qué países está legalizado el matrimonio homosexual? Fecha de consulta, 17 de agosto de 2020, de <https://www.larazon.es/internacional/20200527/qiq63pwabved5eq3xrztk46ijm.html>

Túnnerman Bernheim, C. (1997). *Los Derechos Humanos: evolución histórica y reto educativo*. Editorial CRESALC/UNESCO. Caracas.

Villarreal, M. (2007). *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*. PANORAMA: México, D.F.

Zelada, C. (2020). *¿Son Vinculantes las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño*. PROMSEX: Lima