



**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
CARRERA: DERECHO**

**MODALIDAD DE GRADUACIÓN:
GRADUACIÓN POR EXCELENCIA**

**ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO
RESPECTO A LAS UNIONES DE PAREJAS DEL MISMO SEXO**

**MELINA CURBELO MONTAÑO
2015114882**

**Santa Cruz de la Sierra - Bolivia
2019**



**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
CARRERA: DERECHO**

**MODALIDAD DE GRADUACIÓN:
GRADUACIÓN POR EXCELENCIA**

**ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BOLIVIANO
RESPECTO A LAS UNIONES DE PAREJAS DEL MISMO SEXO**

**Tesis de Grado para optar al grado de Licenciado en la Carrera de
Derecho**

**MELINA CURBELO MONTAÑO
2015114882**

**Santa Cruz de la Sierra - Bolivia
2019**

A la persona más importante de mi vida, mi mamá.

Este trabajo, al igual que cada paso que doy en la vida, está dedicado a ella e
inspirado por ella.

AGRADECIMIENTOS

Quiero comenzar agradeciendo a mi familia, el pilar fundamental de mi vida.

A mi mamá, por ser la guía y el ejemplo de mi vida. Le agradezco por enseñarme a nunca rendirme y por todo su apoyo incondicional. A mi hermano Rodrigo, por siempre guiarme por el camino correcto de la vida. A lado de ellos me siento capaz de todo. Mi meta es siempre enorgullecerlos.

A todos mis docentes, por todo el conocimiento impartido, en especial al Dr. Raúl Terceros Salvatierra, por toda la paciencia y apoyo brindado en la realización de este trabajo de grado.

A todo el equipo de WBC Abogados, por recibirme, apoyarme y además de ser mi escuela, convertirse en mi hogar, donde no solo tuve la oportunidad de formarme como profesional, sino también conocí personas increíbles a quienes tengo la dicha de llamar amigos, más allá de colegas. Particularmente a Jorge Serrate, por haberme orientado y guiado en la elaboración de este trabajo.

A Diego, por llegar a mi vida y hacerla más bonita. Le agradezco por hacer de nuestro paso por la universidad y el trabajo una aventura día a día, sin duda estos cinco años no hubieran sido los mismos sin él.

A Sebastián, mi compañero fiel de universidad, tesis y ahora de corazón y vida. Gracias por siempre estar.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
MARCO METODOLÓGICO	4
1. ANTECEDENTES	4
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
a) Delimitación temática	9
b) Interrogantes temáticas.....	10
3. HIPOTESIS	11
4. OBJETIVO	12
a) Objetivo general	12
b) Objetivos específicos	12
5. JUSTIFICACIÓN	13
a) Relevancia científica	13
b) Relevancia social	13
c) Relevancia personal.....	13
6. METODOLOGIA	14
a) Modelo de investigación	14
b) Tipo de investigación.....	14
c) Método de investigación	14
d) Técnicas de investigación	14
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	15
1. Derecho internacional público	15
1.1. Concepto	15
1.2. Fuentes del derecho internacional público.....	16
1.3. Las convenciones internacionales.....	17
1.4. La costumbre internacional	19
1.5. Principios del derecho internacional público.....	19
2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos	20
2.1. Los derechos humanos.....	21
3. La jurisprudencia	22
3.1. Concepto	22
3.2. La jurisprudencia internacional	23

4. Orientación sexual.....	24
4.1. Derechos sexuales	24
4.2. Orientación sexual.....	25
4.3. Sexo	25
4.4. Género.....	26
Conclusiones del capítulo	27
CAPITULO II: LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA	28
1. La Organización de Estados Americanos	28
1.1. La Convención Americana de derechos humanos	28
2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	30
2.1. Competencia consultiva.....	30
2.2. Competencia contenciosa	31
3. Relación con el Estado Plurinacional de Bolivia.....	33
4.1. Los precedentes de la Corte IDH como norma vinculante.....	35
Conclusiones del capítulo	36
CAPITULO III: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	38
Caso Carlos Alberto Duque Vs. Colombia	38
Caso Atalá Riffo y niñas Vs. Chile.....	42
Opinión Consultiva 24/2017 de 24 de noviembre de 2017	46
Cuarta pregunta.....	49
Quinta pregunta.....	53
Conclusiones del capítulo	57
CAPÍTULO IV: LEGISLACIÓN NACIONAL	59
El derecho a la igualdad y no discriminación	59
Derecho de formar una familia	63
Derechos referentes a impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada.....	66
Derechos patrimoniales provenientes de las uniones de parejas del mismo sexo, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud, otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y	

beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte	67
Derecho al matrimonio y a las formas de reconocimiento de las parejas de los Estados	70
Conclusiones del capítulo	71
CAPITULO V: LEGISLACIÓN COMPARADA	73
Costa Rica	73
Colombia	77
Chile	81
Conclusiones del capítulo	83
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	86
BIBLIOGRAFÍA	89

INTRODUCCIÓN

Los derechos de las personas de la comunidad de personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (en adelante “LGBTI”) han sido menoscabados a lo largo de la historia de la humanidad. En los últimos años, se ha logrado reducir la brecha de desigualdad de derechos entre personas de la comunidad LGBTI y las heterosexuales, producto de distintas luchas de liberación y exigencia de protección de derechos. No obstante, aún no se ha logrado una completa igualdad de condiciones y derechos, incluso, actualmente la relación sexual entre personas del mismo sexo se considera delito en setenta (70) países, y en algunos de ellos puede castigarse hasta con pena de muerte.

Muchos países alrededor del mundo han adecuado sus legislaciones para otorgar una amplia garantía de derechos, es así que, según informes oficiales de la Organización de Naciones Unidas, en la actualidad, veintiséis (26) Estados miembros, reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo y veintisiete (27) Estados prevén algún tipo de reconocimiento de la pareja, como ser el caso de las uniones civiles.

Dentro de los miembros de la Organización de Estados Americanos, existen países miembros que han reconocido los derechos de las parejas del mismo sexo en distintas categorías, como ser otorgándoles el derecho al matrimonio, uniones civiles, y a la no discriminación por motivos de orientación sexual, etc.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha emitido fallos creando jurisprudencia en materia de derechos humanos, incluyendo entre estos, los derechos del colectivo LGBTI. En la presente investigación, se analiza esta jurisprudencia para compararlas con la legislación boliviana, a fin de determinar si el Estado Plurinacional de Bolivia, a la fecha, los reconoce de igual manera dentro de su legislación interna.

Para lograrlo, el marco metodológico en el primer capítulo, se delimita el campo de estudio investigativo que estructura el presente documento.

El segundo capítulo contiene el Marco Teórico y Conceptual, el cual contiene aspectos necesarios para el entendimiento de la investigación, como Derecho Internacional Público, sus fuentes, su relación con el derecho interno del Estado Plurinacional de Bolivia, además de los conceptos básicos acerca de la orientación sexual, derechos sexuales, sexo, género entre otros.

En el tercer capítulo, se define lo que es la Convención Americana de Derechos Humanos y se relaciona la misma con la legislación boliviana, determinando en qué lugar de la legislación boliviana se encuentran los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En el cuarto capítulo, se estudian dos (2) sentencias y una opinión consultiva emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las cuales, se detallan los alcances de la protección de la Convención Americana de Derechos Humanos, acerca de las parejas del mismo sexo.

En línea a lo anterior, en el quinto capítulo se analizan la legislación boliviana para determinar si los derechos que protege la Convención Americana de Derechos Humanos acerca de las parejas del mismo sexo, son protegidos en Bolivia.

Para realizar una profunda investigación acerca de los derechos de las parejas del mismo sexo dentro de los estados que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos, es necesario hacer un estudio de legislación comparada, debido a esto en el sexto capítulo se detallarán los derechos protegidos por otros países americanos miembros, comparándolos con la legislación boliviana.

Finalmente, en la última parte del trabajo de investigación se detallan las conclusiones a las que se llega luego de hacer la comparación entre la jurisprudencia mencionada y la legislación boliviana, concluyendo con las recomendaciones que se consideran pertinentes a partir de lo estudiado.

MARCO METODOLÓGICO

1. ANTECEDENTES

Algunos historiadores remontan el origen del sistema interamericano al Congreso de Panamá, asamblea convocada por Simón Bolívar en la ciudad de Panamá, para crear una federación de países hispanoamericanos independientes, la cual se desarrolló entre el 22 de junio y el 5 de julio de 1826¹.

Sin embargo, en el año 1889 los Estados americanos decidieron reunirse de manera periódica y comenzar a forjar un sistema común de normas e instituciones.

La Primera Conferencia Internacional Americana celebrada de 1889 a 1890 en Washington DC, dieciocho Estados americanos participaron de esta Conferencia, en la que se acordó establecer una Unión Internacional de Repúblicas Americanas, con sede en Washington, D.C., “por medio de la cual se pueda obtener la pronta y exacta publicación, a costa y en provecho común, de datos comerciales importantes”. Posteriormente, la Unión Internacional de Repúblicas Americanas se transformaría en la “Unión Panamericana” y, por último, cuando se ampliaron sus funciones, en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “OEA”)².

Las Conferencias Internacionales Americanas se reunieron a intervalos variados hasta que, en 1970, fueron reemplazadas por los períodos de sesiones de la Asamblea General de la OEA, luego de que entrara en vigencia el Protocolo de Reformas a la Carta de la OEA, adoptado en Buenos Aires.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, subrayó el compromiso de la región con la protección internacional de los derechos

¹ Congreso de Panamá. Colectivo de autores. Enciclopedia de Historia Militar de Cuba (1510-1868). Centro de Información para la Defensa, MINFAR.

² https://ceamun.weebly.com/uploads/7/7/3/9/77392244/portafolio_oea.pdf

humanos y sentó las bases para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante e indistintamente denominada simplemente como el "Pacto de San José de Costa Rica"), que fue aprobada en 1969 y entró en vigencia en 1978.

La OEA también se desempeña como secretaria de varias reuniones ministeriales, en particular de las reuniones de Ministros de Justicia, Trabajo, Ciencia y Tecnología y Educación de las Américas.

Formalmente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos nace con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre realizada en 1948, la cual a su vez nace de la creación de la OEA, cuya carta proclamó los "Derechos Fundamentales de la Persona Humana" como uno de los principios básicos de la organización³.

La estructura del Sistema Interamericano cobró una mayor fuerza al adaptarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos llevada a cabo en San José de Costa Rica en 1969. El proyecto de la Convención Americana que entró en vigencia en julio de 1978, brindó mayores potestades a la Comisión y creó la Corte, como organismo destinado a vigilar el efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos⁴.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con diferentes instituciones encargadas de velar por el desarrollo de los derechos fundamentales intrínsecos de todo ser humano. Este sistema tiene como fundamento jurídico la carta de la OEA, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual obliga a sus Estados firmantes a comprometerse en la garantía, desarrollo y protección de los derechos que la misma establece.

³ RICHARTE, Darío; OSSITINSKY, Paula; VÁZQUEZ, Paula, **Manual Práctico de Derechos Humanos y Derecho Constitucional**, Editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina, 2010, pág. 84.

⁴ *Ibídem*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos al respecto de las instituciones encargadas de velar por los mismos, manifiesta en su artículo 33 que: “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵.

Por consiguiente es necesario manifestar que el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

“Obligación de Respetar los Derechos

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”⁶.

Por tanto vemos que existe una obligación por parte de los Estados, que ratifiquen dicha convención, de respetar y garantizar los Derechos Humanos sin ninguna discriminación atendiendo al principio de igualdad que existe entre todos los seres humanos y reconocidos en la totalidad de tratados en la materia.

La Convención tuvo como resultado la creación del primer sistema regional conformado por diversos Estados, el cual tiene como objeto la protección de las libertades fundamentales del ser humano y como consecuencia la creación de diversos organismos de carácter autónomo con el fin de conocer sobre las presuntas violaciones a las virtudes fundamentales del ser humano por parte de

⁵ Organización de Estados Americanos. Artículo 33.

⁶ *Ibíd*em; Artículo 1.

los Estados que conforman el sistema. En el preámbulo de la misma se tocan aspectos importantes por parte de la Conferencia Especializada, los cuales son necesarios resaltar, por ejemplo la parte del preámbulo que establece: *“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”*⁷.

Lo anterior es fundamental en el sentido que desprende el derecho interno del derecho internacional en relación a los Derechos Humanos y las obligaciones que tienen los Estados frente al sistema regional; razón por la cual es necesario manifestar que el sistema regional no forma una instancia más en el derecho interno, sino que es totalmente independiente y posee requisitos que se deben cumplir dentro del sistema jurídico de un Estado para poder acceder a los órganos que conocen sobre presuntas violaciones. En relación a la orientación sexual el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha fomentado la igualdad, no discriminación y tolerancia bajo la postura de que estas condiciones se ven respaldadas e inmersas en el derecho a la vida privada y su correcto respeto.

Los tratados en materia de Derechos Humanos, son instrumentos jurídicos que deben de interpretarse de forma extensiva y nunca de forma aislada y al ser directrices y ordenanzas que deben de regir todo lo relativo a los seres humanos, es evidente que son de carácter evolutivo, es decir que son cambiantes y conforme transcurre el tiempo, atienden necesidades y se adaptan a la situación actual de la sociedad y de los alcances que esta ha tenido. Es por ello que la Convención Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado condiciones para que todos los individuos sean amparados, en el caso de las personas con distintas orientaciones sexuales, se debe entender

⁷ Organización de Estados Americanos.

que las condiciones de orientación sexual e identidad de género se encuentran amparadas.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Estado Plurinacional de Bolivia ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, reconociendo la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien es el máximo intérprete de la Convención.

La Corte mediante sentencias y opiniones consultivas ha interpretado la Convención de manera en la que se reconocen y protegen los derechos de las uniones de parejas del mismo sexo dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Actualmente, la Constitución Política del Estado reconoce que los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos forman parte del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, los derechos consagrados en la Jurisprudencia de la Corte con respecto a los derechos de las parejas del mismo sexo no son congruentes con la legislación boliviana, impidiendo la posibilidad de acceso a estos derechos humanos.

a) Delimitación temática

- Delimitación temporal

Desde la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos mediante la Ley No. 1430 el 11 de febrero de 1993 hasta diciembre de 2019, al terminar la materia Modalidad de Graduación II.

- Delimitación espacial

Dentro del territorio del Estado Plurinacional de Bolivia.

- Delimitación material

Las materias a analizar en el presente trabajo de investigación son:

Derechos humanos, derecho internacional público, convenios internacionales y ramas afines.

b) Interrogantes temáticas

Las preguntas centrales del tema de investigación que se plantean responder son las siguientes:

1. ¿Cuál es la relación entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno del Estado Plurinacional de Bolivia?
2. ¿Qué son los derechos humanos?
3. ¿Qué son los tratados internacionales en materia de derechos humanos?
4. ¿Qué es la jurisprudencia internacional?
5. ¿Qué es la Convención Americana de Derechos Humanos?
6. ¿Cuáles son las funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
7. ¿Cuál es la relación de la Convención Americana de Derechos Humanos con el derecho boliviano interno?
8. ¿Qué son las Opiniones Consultivas y Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
9. ¿Las Opiniones Consultivas y Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen carácter vinculante en Bolivia?
10. ¿Qué determinan las Opiniones Consultivas y Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a las uniones entre personas del mismo sexo?
11. ¿La legislación boliviana reconoce los mismos derechos de las uniones entre personas del mismo sexo que las interpretaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
12. ¿Qué legislaciones de países miembros de la Organización Americana de Derechos Humanos son acordes a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

3. HIPOTESIS

Habiendo el Estado boliviano ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, ¿la legislación boliviana reconoce los derechos de las uniones de parejas del mismo sexo como los protege la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

4. OBJETIVO

a) Objetivo general

Analizar las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a los derechos de las uniones de las parejas del mismo sexo con el fin de compararlas con la legislación boliviana para determinar si Bolivia los reconoce de igual manera.

b) Objetivos específicos

1. Definir el Derecho Internacional Público, sus fuentes, su relación con el derecho interno del Estado Plurinacional de Bolivia, así como definir qué son los derechos humanos, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la jurisprudencia internacional.
2. Definir qué es la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia y su relación con Bolivia.
3. Analizar las Opiniones Consultivas y Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de las personas con distintas orientaciones sexuales.
4. Comparar la legislación boliviana con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de las personas con distintas orientaciones sexuales.
5. Analizar legislación comparada en materia de uniones de personas con distintas orientaciones sexuales de países miembros de la Organización de Estados Americanos.

5. JUSTIFICACIÓN

a) Relevancia científica

La comparación de la legislación boliviana y el marco de protección interamericano de derechos humanos es necesaria para determinar si el Estado Plurinacional de Bolivia cumple con la obligación de adecuar su normativa a los estándares internacionales de los organismos de los que forma parte, para así poder sentar las bases para una futura modificación de la legislación nacional en beneficio de los derechos humanos.

b) Relevancia social

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el órgano americano protector de los Derechos Humanos por excelencia. En este sentido el entender su jurisprudencia permitirá a los operadores jurídicos bolivianos aplicarla e interpretar la legislación boliviana según esta jurisprudencia, para así otorgar mayores garantías y derechos favorables a la sociedad boliviana.

c) Relevancia personal

La presente investigación está motivada por la búsqueda de construir una sociedad más justa e igualitaria, además por ser el estudio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Público las pretensiones de especialización académica de la estudiante investigadora.

6. METODOLOGIA

a) Modelo de investigación

La presente investigación tiene como modelo el mixto o exegético ya que se sustentará en la jurisprudencia como principal fuente de conocimiento, además de analizarse y compararse con la normativa actual boliviana.

b) Tipo de investigación

El tipo de investigación es el comparativo, debido a que en la investigación se estudia y analiza una institución jurídica, la unión de personas del mismo sexo en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en comparación con la legislación boliviana.

c) Método de investigación

El método de investigación es el deductivo, ya que se parte de un análisis general comparativo de las sentencias, opiniones consultivas y legislación boliviana en materia de uniones de personas del mismo sexo, para concluir en determinar si la legislación boliviana protege de la misma manera los derechos humanos.

d) Técnicas de investigación

La técnica de investigación es la documental, debido a que se basa fundamentalmente en el estudio de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también contendrá técnicas documentales al estudiarse la legislación boliviana y la legislación comparada, así como los instrumentos jurídicos internacionales como fuente de conocimiento e investigación científica.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

Para el desarrollo de la presente investigación es indispensable desarrollar conceptos y definiciones imprescindibles que siguen a continuación en el presente capítulo.

1. Derecho internacional público

1.1. Concepto

Conforme al concepto del teórico Manuel Ossorio, se califica al Derecho Internacional Público de la siguiente manera: “Conjunto de normas que rigen la relación de los Estados entre si y también las de estos con ciertas entidades que, sin ser Estados, tienen personalidad Internacional. Estudio de la estructura jurídica de la comunidad internacional, considerada como una sociedad compuesta de sujetos de Derecho Público, estados, asociaciones, colectividades y hombres, vinculados entre sí conforme a principios y normas de naturaleza jurídica”⁸.

El derecho internacional es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de Estados entre si y también la de estos con ciertas entidades que, sin ser Estados poseen personalidad jurídica internacional. Además, también el funcionamiento de las organizaciones internacionales y sus relaciones entre sí⁹ mediante un conjunto de normas positivizadas por los poderes normativos peculiares de la comunidad internacional”¹⁰.

Muchos doctrinarios consideran que el derecho Internacional Público no solamente es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones internacionales, sino también el conjunto de principios filosóficos y reglas

⁸ OSSORIO, Manuel, **Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales**, Editrial Heliasta, 1997, pág. 324.

⁹ RUDA, Jose María, **Derecho Internacional Público**. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 3

¹⁰ ORTIZ AHLF, Loretta, **Derecho Internacional Público**, Editorial Harla, México D.F., 1993, pág. 17.

convencionales y consuetudinarias que determinan los derechos y deberes de los Estados considerados como miembros de la comunidad Internacional”¹¹.

El Derecho Internacional Público no es solamente un conjunto de relaciones entre Estados y sujetos internacionales; es el Derecho Público considerado desde el punto de vista de una comunidad que, en su acepción más amplia, abraza la especie humana”¹².

Se debe entender al Derecho Internacional Público no sólo desde el punto de vista de las relaciones internacionales, sino poner más énfasis en entender esta materia como la cual hace que los Derechos Humanos se hagan más efectivos aún a través de distintos documentos, tratados o convenciones internacionales.

1.2. Fuentes del derecho internacional público

Para Francisco Geny, las fuentes del derecho son “los imperativos de autoridades externas al intérprete con virtualidad bastante para regir su juicio, cuando tiene por objeto propio e inmediato la revelación de una regla destinada a impartir una dirección en la vida jurídica”¹³.

Las fuentes de Derecho Internacional las encontramos en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (En adelante “CIJ”), este organismo tiene como misión fundamental decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas a su jurisdicción.

Dicho artículo las enumera en la forma siguiente:

I. La Corte cuya función es decir conforme al Derecho Internacional, las controversias que le sean sometidas deberá aplicar:

¹¹ SALINAS, José María, **Moderno Tratado de Derecho Internacional Público**, Fundación Universitaria “Simón I. Patiño”, La Paz, Bolivia, 2005, pág. 11.

¹² *Ibidem*.

¹³ GENY, Francisco. **Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Postivo**. Madrid. Año 1902. Página 213

- a. Las convenciones internacionales sean generales o particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
- b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
- c. Los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.
- d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho¹⁴.

1.3. Las convenciones internacionales

Un tratado recibe diversas denominaciones: convención, acuerdo, pacto, carta, protocolo, convenio, declaración; sin embargo el término tratado sugiere un acuerdo internacional más formal. Estos son una de las principales fuentes del Derecho Internacional Público. En relación a los mismos, se han elaborado múltiples definiciones por la doctrina. Según Adolfo Arrijo Vizcaíno¹⁵, “son los acuerdos que celebran entre dos o más Estados como entidades soberanas entre sí, sobre cuestiones diplomáticas, políticas, económicas, culturales u otras de interés para ambas partes”; para Diez de Velazco es un “negocio jurídico con características propias debido a la categoría de los sujetos que en él intervienen”¹⁶; por otro lado Barberis opina que: “se puede definir el tratado internacional expresando que se caracteriza por ser creado mediante una manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho de gentes con capacidad suficiente, tendiente a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional y que está regida directamente por este

¹⁴ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

¹⁵ ARRIOJA Vizcaíno Adolfo. **Derecho Fiscal**, Décima Octava Edición, Editorial Themis, pág. 69.

¹⁶ DIEZ DE VELAZCO. **Instituciones del Derecho Internacional Público**, Tomo I, Novena Edición. Editorial Tecnos, S.A, Madrid, 1991. pág. 124.

ordenamiento”¹⁷; y según Benadava : “Un tratado es un acuerdo internacional celebrado generalmente entre Estados, regido por el derecho internacional y destinado a producir efectos jurídicos”¹⁸.

La Convención de Viena (en adelante “CV”) de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, expone en el artículo 2 que es lo que se entiende por tratado internacional “*Se entiende por tratado “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”*, pero no es hasta 1986 con la CV sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o, donde se amplía el concepto, reconociendo en la celebración del tratado a las organizaciones internacionales como un nuevo sujeto del Derecho Internacional.

Según la doctrina los tratados pueden ser clasificados en atención a diversos factores, según Gonzales Campos¹⁹ la perspectiva de examen más conveniente es la de considerar a los grupos de tratados recogidos en la Convención de Viena de 1969 pudiendo citar entre ellos a los que se distinguen por la forma (sean celebrados en forma escrita o no), según el fin (constitutivos de una organización internacional). Por otro lado otros los criterios doctrinales utilizados a efectos de la clasificación de los tratados son éstos: según el número de participantes pueden clasificarse en tratados abiertos y cerrados. En los primeros las formas de acceso al tratado para adquirir la condición de Estados contratantes, están aligeradas de modo que resulte fácil el ingreso en él; en los cerrados, por el contrario, las condiciones son estrictas.²⁰

¹⁷ BARBERIS, Julio, **Formación del Derecho Internacional**, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1994

¹⁸ BENADAVA, Santiago, **Derecho Internacional Público**, 4ª Ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993

¹⁹ GONZÁLEZ CAMPOS J, Sánchez Rodríguez L, Sáenz de Santa María P. **Curso de Derecho Internacional Público**, Sexta Edición, Editorial Civitas S.A, España, 1998. pág. 173.

²⁰ PUENTE Egido J. **Lecciones de Derecho Internacional Público**. Vol. I, editorial Dykinson S.L, Madrid, 1992. Pág. 175.

1.4. La costumbre internacional

En el ámbito internacional la definición de costumbre no está muy alejada de la concepción que de ella se tiene en los sistemas jurídicos nacionales. En Derecho Internacional, la base para definir la costumbre es el ya referido artículo 38 del Estatuto de la CIJ, el cual la define “como evidencia de una práctica generalizada reconocida como Derecho”. Esta definición hace referencia a un mecanismo de identificación de consenso entre Estados, cuyo punto de partida es la práctica propia de éstos y el reconocimiento general de la obligatoriedad de esa práctica²¹.

Se debe entender entonces a la costumbre como las prácticas usuales del derecho internacional que toman los sujetos de derecho internacional en sus relaciones, sin que estén necesariamente tipificadas en algún tratado.

1.5. Principios del derecho internacional público

Afirma Truyol que los principios generales de derecho son “las exigencias éticas inmediatamente aplicables en orden de las relaciones internacionales de cada época o situación histórica”, independientemente, de su consideración como fuente formal o no del derecho internacional²².

Dentro del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, los principios generales son una fuente primaria del Derecho Internacional. En un principio se hablaba de los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas²³, pero hoy en día se entiende que dichos principios se encuentran en los principales sistemas jurídicos del mundo, por tanto, el término “naciones civilizadas” ha dejado de ser operante. Históricamente, los principios generales del derecho jugaron un papel importante en el desarrollo del Derecho Internacional. Las normas que derivaban de ellos eran usualmente las únicas

²¹ BROWNLIE, Ian, D'Amato, Anthony.

²² TRUYOL Y SERRA, Antonio, **Fundamentos de derecho internacional público**, 3ra. Ed., Madrid, Tecnos, 1970, pp. 101-102

²³ Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, artículo 38, 1920.

normas disponibles y aceptadas por los Estados para regular sus relaciones internacionales. Thomas Buergenthal sostiene que los principios generales fueron aceptados como fuente de derecho bajo la teoría de que siempre que los Estados, universalmente, han aplicado principios similares dentro de sus sistemas jurídicos nacionales, su consentimiento para obligarse por esos mismos principios en el plano internacional puede ser inferido.²⁴ Además podemos inferir que los principios generales del derecho tienen la función de llenar ciertos espacios legales o la de hacer que una interpretación prevalezca sobre otra, cuando existen dos o más posibles respecto de una misma controversia.²⁵ Las anteriores afirmaciones permiten dilucidar que la función primordial de los principios generales de derecho es la subsidiariedad, lo cual significa que serán utilizados por los órganos jurisdiccionales para la solución de una controversia solamente cuando haya lagunas o insuficiencias en las fuentes primarias del Derecho Internacional. “Así se evitará el non liquet, es decir, se eliminará la posibilidad de que el tribunal internacional no encuentre una norma de costumbre o un tratado aplicable al caso concreto”²⁶.

2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Con la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 se fortaleció el movimiento internacional de los derechos humanos. Esta declaración fue Redactada como “un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”²⁷.

Una serie de tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 han conferido una base jurídica a los derechos humanos inherentes y han desarrollado el conjunto de derechos

²⁴ BUERGENTHAL, Thomas, Gros Espiell, Héctor, **Manual de derecho internacional público**, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 16.

²⁵ CASSESE, Antonio, **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**, 1993., p. 188.

²⁶ LÓPEZ-BASSOLS, Hermilo, **Los nuevos desarrollos del derecho internacional público**, México, Porrúa, 2008 p. 63

²⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos

humanos internacionales. En el plano regional se han adoptado otros instrumentos que reflejan las preocupaciones específicas en materia de derechos humanos de la respectiva región, y en los que se establecen determinados mecanismos de protección. La mayoría de los Estados también ha adoptado constituciones y otras leyes que protegen formalmente los derechos humanos fundamentales. El respeto por los derechos humanos requiere el establecimiento del estado de derecho en el plano nacional e internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de reconocer, respetar y proteger los derechos humanos. Estas obligaciones significan que los estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos, la obligación de protegerlos implica que los Estados deben impedir los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos y los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

A través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos de los estados se comprometen a adoptar medidas internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los tratados que han ratificado. En caso de que los procedimientos judiciales nacionales no aborden los abusos contra los derechos humanos, existen mecanismos y procedimientos en el plano regional e internacional para presentar denuncias o comunicaciones individuales, que ayudan a garantizar que las normas internacionales de derechos humanos sean efectivamente respetadas, aplicadas y acatadas.

2.1. Los derechos humanos

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho

a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna.²⁸

La comunidad internacional afirmó el concepto integral de los derechos humanos en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993. “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”²⁹.

3. La jurisprudencia

3.1. Concepto

En términos más concretos y corrientes, se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder judicial sobre una materia determinada³⁰.

Sin embargo, en algunos países que cuentan con tribunales de casación, se considera que no todos los fallos judiciales sientan jurisprudencia, sino únicamente los de dichos tribunales de casación, que constituyen la más alta jerarquía dentro de la organización judicial, y cuya doctrina es de obligatorio

²⁸ www.un.org

²⁹ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 1993, Declaración y Programa de Acción de Viena, párr. 5.

³⁰ OSSORIO, Manuel, **Diccionario**...Op. Cit., pág. 552.

acatamiento para todos los jueces y tribunales sometidos a su jurisdicción. De este modo se afianza la seguridad jurídica, porque, donde la casación no existe, cada tribunal o juez tiene libertad para sentenciar conforme a su criterio³¹.

No obstante, no se puede desconocer que la doctrina establecida por las cortes supremas, aun cuando estrictamente carezca de valor de aplicación erga omnes, tiene una eficacia orientadora y, en general, se respeta por todos los tribunales, siquiera sea para evitar la revocación de las sentencias, cuando ellas son recurribles ante el Tribunal Supremo³².

3.2. La jurisprudencia internacional

La jurisprudencia internacional constituye fuente primaria de conocimiento para el estudio y comprensión del Derecho Internacional Público, conjuntamente con las normas convencionales y consuetudinarias, la doctrina y la práctica.

La importancia y relevancia de la jurisprudencia han sido resaltadas por Rodríguez Carrión al expresar que la misma “ofrece la posibilidad de poner de manifiesto cuál es la práctica generalmente seguida por los Estados, como prueba de una norma general de Derecho Internacional”³³.

El art. 38 del Estatuto de la CIJ incluye la jurisprudencia como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho a aplicar en la solución de controversias internacionales y, desde su propio establecimiento, este órgano judicial de Naciones Unidas, “(...) si no ha creado tales normas, al menos sí ha tenido la virtualidad de explicarlas y profundizarlas.”³⁴ Así, la CIJ ha producido una amplia jurisprudencia sobre disímiles temas, de valor excepcional para apreciar las características y desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

Se debe tener presente que la labor judicial del actual tribunal de La Haya, es continuación de lo que ya venía haciendo, desde inicios de la segunda década

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ RODRIGUEZ CARRIÓN, A., **Lecciones de Derecho Internacional Público**, Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 68.

³⁴ *Ibíd.*

del siglo pasado, su predecesor el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, creado bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, y cuyas directivas fundamentales se retoman en la reglamentación de la actual CIJ.

El consentimiento, libremente manifestado, aparece como requisito indispensable para someterse a la jurisdicción de la CIJ. Ese consentimiento puede manifestarse por cuatro vías fundamentales: por tratados que tienen como objeto la determinación de la jurisdicción internacional para toda situación de controversia, la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria del artículo 36, párrafos 2 y 3 del Estatuto, la existencia de cláusula compromisoria dentro de un tratado específico y referente solo a ese instrumento jurídico o la aceptación implícita derivada del *forum prorogatum*³⁵.

De tal modo, toda la jurisprudencia de la CIJ basa su alcance y efectos jurídicos en la existencia previa del consentimiento de los Estados. Sin embargo, el acto de manifestación del consentimiento no llega a constituir el objeto de un litigio internacional pues lo identificable del mismo son sus efectos o los vicios presentes que impiden esos efectos.

4. Orientación sexual

4.1. Derechos sexuales

Para comprender a que se refiere la orientación sexual y la identidad de género, se debe comprender los derechos sexuales, al respecto el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud, se ha referido a los derechos sexuales, de la siguiente manera: "... lleva de manera ineludible a reconocer que los derechos sexuales son derechos humanos. Los derechos sexuales incluyen el derecho de todas las personas a expresar su orientación sexual, con el debido respeto al bienestar y los derechos de terceras personas, sin temor a la persecución, la encarcelación o cualquier otra interferencia por parte de la sociedad... Los contenidos de los derechos sexuales, del derecho a la salud

³⁵ Aceptación implícita de la competencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)

sexual y el derecho a la salud reproductiva requieren de mayor atención, así como los vínculos que existen entre ellos”³⁶.

El término de derechos sexuales, se debe comprender desde el punto de vista abstracto sin énfasis en ningún sexo, al mencionar derechos sexuales, debe de ampliarse el rango de acción del mismo e ir más allá del límite sexual impuesto, dado a que en estos derechos se encuentran la orientación sexual e identidad de género que deben de considerarse condiciones inherentes a la persona por el respeto de la dignidad e identidad inherente al ser humano.

4.2. Orientación sexual

En relación a la Orientación sexual, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en su informe “Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los Derechos Humanos”, establece que orientación sexual se refiere a: *“La capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas.”*³⁷ Dicho de otra forma la orientación sexual se refiere a los gustos, intereses y capacidades afectivas que tiene un ser humano sobre otro ser humano sin importar su sexo.

4.3. Sexo

Para concebir de mejor manera la orientación sexual e identidad de género es necesario conceptualizar que se debe entender por: sexo, orientación y género. Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), se debe entender sexo como: *“las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas humanas como mujeres y*

³⁶ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos. **Sexualidad y Derechos Humanos**. Suiza, Consejo 1 Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2010. Página 8.

³⁷ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, oficina regional America del sur. Orientación sexual e 7 identidad de género en el derecho internacional de los Derechos Humanos. Chile. Oficina regional America del sur. 2013. Página 3.

*hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer*³⁸.

4.4. Género

Se debe concretar en un concepto sobre género, por lo que se hace referencia al documento “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes” de la CIDH, el cual hace mención que género se refiere a *“a las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas*”³⁹.

Mientras que la CIDH, establece que la diferencia entre sexo y género radica en que: *“el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social.” El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas*⁴⁰.

Viendo las condiciones de orientación sexual e identidad de género desde la esfera de la dignidad, intimidad e identidad humana, es evidente que los mismos encuentran protección especial en el derecho internacional de los derechos humanos, dado a que la discriminación, la desigualdad y cualquier tipo de violencia contra las personas que gozan de estos derechos de diversa forma, tiende a vulnerar su derecho a la vida, dado a que el derecho a la vida va

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de 4 género: algunos términos y estándares relevantes” Estados Unidos de América. consejo permanente de la organización de los Estados americanos. 2012. Página 3.

³⁹ Ibídem

⁴⁰ Ibídem

mucho más allá del simple hecho de no quitarle la vida a un individuo en específico, este derecho está conformado por: una vida digna, las oportunidades para el desarrollo y que el ser humano pueda cumplir con su plan de vida, de acuerdo con el Autor Antônio Cançado⁴¹.

Conclusiones del capítulo

En el presente capítulo se han desarrollado los conceptos necesarios para desarrollar adecuadamente el trabajo de investigación, para comprender la importancia del derecho internacional público, así como también los conceptos básicos que ésta área del derecho engloba. Gracias a la base teórica y doctrinal consultada en la investigación, se puede partir con ideas claves de que es la orientación sexual, los derechos sexuales, el género y sexo y la diferencia entre estos.

⁴¹ CANÇADO, Antônio. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. La interdependencia de todos los 11 derechos humanos. Obstáculos y desafíos en la implementación de los Derechos Humanos. Costa Rica.

CAPITULO II: LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA LEGISLACION BOLIVIANA

1. La Organización de Estados Americanos

La OEA es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión, se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como "sistema interamericano", el más antiguo sistema institucional internacional.

La OEA fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros, como lo estipula el Artículo 1 de la Carta, "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia".

En la actualidad, la OEA reúne a los 35 Estados independientes de las Américas y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del Hemisferio. Además, ha otorgado el estatus de Observador Permanente a 69 Estados, así como a la Unión Europea (UE).

Para lograr sus más importantes propósitos, la OEA se basa en sus principales pilares que son la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo.

1.1. La Convención Americana de derechos humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos también llamada Pacto de San José de Costa Rica (en adelante "CADH") fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del Sistema interamericano de protección de derechos humanos (en adelante "SIDH").

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".⁴²

Si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

Además, establece la obligación, para los Estados partes, del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la OEA, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como medios de protección de los derechos y libertades, establece dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención: la CIDH y la Corte IDH.

Ha sido complementada con:

- Protocolo Adicional a la CADH (Protocolo de San Salvador), de 1988
- Protocolo a la CADH relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990

La CADH es la norma fundamental del SIDH, ésta norma establece una estructura e institucionalidad para su funcionamiento, causando de este modo impacto dentro de los derechos internos de los Estados Partes, así como también la progresiva ampliación de los derechos incluidos en ella mediante la constante interpretación de la misma y la correspondiente producción de jurisprudencia.

⁴² La Convención Americana sobre Derechos Humanos también llamada Pacto de San José de Costa Rica

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

De acuerdo a lo establecido por el Estatuto aprobado mediante la Resolución 488 de la Asamblea General de la OEA, la Corte IDH es una “institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención”.⁴³

Cabe señalar que, de acuerdo a su organización, la Corte se compone de 7 jueces, quienes deben ser nacionales de los Estados Miembros de la OEA, es la Asamblea General de la OEA la encargada de elegir a los jueces de la Corte a propuesta de los Estados parte en la CADH mediante una votación secreta y por mayoría absoluta de votos de estos Estados.

La actividad de la Corte IDH se visualiza mediante el ejercicio, por parte de ésta, de sus funciones: la función contenciosa y la función consultiva. En cuanto a la primera función, ésta se vincula con el hecho de la existencia de una violación de un derecho o libertad protegidos por ésta. En este caso y conforme al art. 53 de la CADH, la actividad de la Corte IDH estará dirigida a que se “garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”. En cuanto a la segunda función de la Corte IDH, el art. 64 de la CADH es concerniente a la consulta que los Estados Miembros de la OEA requieran de ésta en relación con “la interpretación de esta Convención o de otros Tratados concernientes a la protección de los derechos humanos” o a la “compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”⁴⁴.

2.1. Competencia consultiva

La Corte IDH en su función consultiva, tiene por objeto emitir opiniones sobre la interpretación y alcance de las disposiciones de la CADH o de otras normas de derechos humanos, que se encuentren en instrumentos internacionales en los

⁴³ TRAVIESO, Juan Antonio, **Derechos Humanos: Fuentes e Instrumentos Internacionales**, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1996, pág. 136.

⁴⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

que un Estado miembro de la OEA sea parte. El pedido de una Opinión Consultiva, puede ser realizado por cualquiera de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos. De igual manera, cualquier Estado Miembro de la OEA, tiene la facultad de consultar a la Corte en los aspectos señalados; y además, puede pedir opiniones a la Corte IDH sobre la compatibilidad de su legislación interna y los instrumentos internacionales.

En relación a la naturaleza de la función consultiva de la Corte IDH, algunos autores destacan que «... La función consultiva que confiere a la Corte el art. 64 de la Convención es única en el derecho internacional contemporáneo. Como la Corte ya lo ha expresado en otra oportunidad, ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas con la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte Interamericana...».⁴⁵

Las Opiniones Consultivas, no tienen el efecto obligatorio que poseen las sentencias contra Estados establecidas por la Corte IDH en ejercicio de su función contenciosa; sin embargo, algunos autores subrayan su importancia «... En la práctica las opiniones de la Corte pueden gozar de gran autoridad y llenar una importante función como medio de protección de los derechos humanos, en especial si se tienen en cuenta las dificultades con que ha tropezado el ejercicio de su jurisdicción contenciosa...»⁴⁶.

2.2. Competencia contenciosa

En uso de su función contenciosa, la Corte IDH tiene competencia para conocer casos contra Estados y juzgar si éstos han violado los derechos humanos de algún ciudadano o grupo de ciudadanos, así como también si han vulnerado alguna disposición de la CADH; sólo la CIDH y los Estados, tienen la facultad de llevar un caso ante la Corte IDH.

⁴⁵ Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983

⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N 28/92, Argentina. OEA, SER.L.V.II.82, Washington D.C., 24 de octubre de 1992.

Para que la Corte IDH pueda conocer un caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la CADH, es decir, el trámite ante la CIDH. En el ejercicio de su función contenciosa, la Corte IDH está vinculada con lo que previamente haya decidido la CIDH, sino que está habilitada para sentencias libremente de acuerdo con su propia apreciación. Tiene jurisdicción plena como único órgano contencioso en la materia que es⁴⁷ .

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la CADH, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada⁴⁸.

El fallo de la Corte IDH debe ser motivado y es definitivo e inapelable. Puede ser interpretado a solicitud de cualquiera de las partes. 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. Los Estados Partes, al ratificar la CADH, se comprometen a cumplir la decisión de la Corte IDH en todo caso en que sean partes.

Según Héctor Fix Zamudio, el procedimiento contencioso de la Corte IDH «... se inspira esencialmente en el establecido para las controversias sometidas a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuyos lineamientos procesales existe un paralelismo, que con algunos matices

⁴⁷ Caso Godínez Cruz, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 32. Caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 29. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, Párr. 34

⁴⁸ Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de indemnización compensatoria de 21 de julio de 1989. Caso Godínez Cruz, sentencia de indemnización compensatoria de 21 de julio de 1989. Caso Velásquez Rodríguez, interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria, sentencia de 17 de agosto de 1990. Caso Godínez Cruz, interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria, sentencia de 17 de agosto de 1990. Caso Aloeboetoe y otros, reparaciones, sentencia de 10 de diciembre de 1993

han sido recogidos por la Convención Americana y por el Reglamento de la Corte Interamericana...»⁴⁹.

3. Relación con el Estado Plurinacional de Bolivia

La CADH fue firmada y ratificada por Bolivia mediante la Ley No. 1430 del 11 de febrero de 1993, reconociendo la competencia la Corte IDH, a partir de allí la misma empezó a forma parte del Sistema Jurídico Boliviano.

La CADH tiene el carácter de vigencia en función al bloque de constitucionalidad establecido en el parágrafo segundo del artículo 410, el cual establece que la Constitución Política del Estado (en adelante "CPE") es *la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país*⁵⁰.

Otros artículos de la CPE que aproximan el carácter vinculante de la CADH son:

“Artículo 256. I. 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.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.”

⁴⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, "**El sistema americano de protección de los derechos humanos**", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, año 1, núm. 1, enero-abril de 1986, pp. 71 y 72.

⁵⁰ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

“Artículo 257. I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley”⁵¹.

En consecuencia, lo que debe entender que la preferencia de las normas de derechos humanos sobre la otra se basa en su especialidad y no en su jerarquía, por ello Andruz señala “que el criterio de especialidad regula las relaciones entre normas constitucionales sobre derechos humanos” y que “la preferencia no está en función a jerarquía (porque todas las normas son del mismo rango), sino de la especialidad”⁵².

Las normas de derecho internacional que obligan al Estado integran el derecho nacional. Una vez en vigor según sus propias disposiciones, los tratados en que Bolivia es parte establecen derechos y deberes de aplicación directa.

Que los derechos sean directamente aplicables significa que: (1) puede reivindicarse su tutela en cualquier actuación procesal con el solo fundamento de la norma constitucional; y, (2) su falta de desarrollo legislativo no es obstáculo para su aplicación; y, (3) debe interpretárselos a favor de su ejercicio⁵³.

Siendo que Bolivia ha ratificado la CADH, igualmente ha reconocido competencia a la Corte IDH.

Es así que la jurisprudencia que desarrolle la Corte IDH tendrá carácter vinculante dentro del Derecho boliviano. Esto es posible argumentar partiendo de ciertas premisas básicas:

⁵¹ *Ibíd*em

⁵² ANDALUZ Vegacenteno Horacio. **Consecuencias formales de la regulación constitucional de los derechos**. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX (Valparaíso, Chile, 2012, 2do Semestre)

⁵³ *Ibíd*em

1) La CADH forma parte del bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, sus disposiciones tienen carácter normativo dentro del Derecho Interno⁵⁴;

2) El máximo intérprete de la CADH es la Corte IDH por cuanto *la Convención es lo que la Corte dice que es*,

3) En suma, la jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar el “significado” de la CADH vincula a toda la institucionalidad de los Estados signatarios de la Convención.

4.1. Los precedentes de la Corte IDH como norma vinculante

De acuerdo al punto anterior, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos son normas constitucionales. Ese hecho supone la incorporación de su significado jurídico tal como ha sido definido por los órganos competentes para interpretarlos, en referencia al otorgamiento de competencia que hace la CADH a la Corte IDH para interpretar la CADH (artículo 62) y para producir decisiones autoritativas al respecto.

De igual manera, el Tribunal Constitucional Plurinacional (en adelante “TCP”) se ha pronunciado al respecto en la sentencia constitucional SC 110/2010, expresando lo siguiente:

Sobre la CADH como parte del Bloque de constitucionalidad:

“En efecto, la doctrina del bloque de constitucionalidad reconocida por el art. 410 de la CPE, contempla como parte del mismo a los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, entre los cuales inequívocamente se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, denominado también Convención Interamericana de Derechos Humanos, ratificado por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de octubre de 1994,

⁵⁴ Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 1662/2003 de 17 de noviembre de 2003

norma que por su esencia y temática se encuentra amparada por el principio de supremacía constitucional, postulado a partir del cual, se sustenta el eje estructural de la jerarquía normativa imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia”⁵⁵.

Lo que el tribunal menciona sobre los precedentes de la Corte IDH y el Bloque de Constitucionalidad:

“Por lo expuesto, se puede afirmar que es precisamente el principio de buena fe, el que reviste a las Sentencias de la CIDH el efecto útil o de protección efectiva, siendo por tanto plenamente justificable la ubicación de estas Sentencias dentro del llamado bloque de constitucionalidad”⁵⁶.

En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la Corte IDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la CPE tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del ‘Estado Constitucional’ enmarcado en la operatividad del SIDH”⁵⁷.

Conclusiones del capítulo

La CPE reconoce que los tratados de Derechos Humanos prevalecen sobre el derecho interno cuando tienen derechos más favorables. Por otra parte, la CPE incorpora, expresamente, al bloque de constitucionalidad a dichos tratados.

⁵⁵ Sentencia Constitucional 110/2010-R de fecha 10 de mayo de 2010.

⁵⁶ *Ibíd*em

⁵⁷ *Ibíd*em.

La CADH es la norma básica del SIDH; de hecho, la CADH crea tanto la CIDH como la Corte IDH. Ésta última se encarga de emitir fallos interpretando la CADH y, de tal modo, crea jurisprudencia acerca de derechos humanos.

El TCP, a través de la SC 110/2010 y en virtud a la incorporación de la Convención como parte del bloque de constitucionalidad, incluye la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que implica que los fallos de ésta, al igual que otros tratados de la materia, son de aplicación directa al ordenamiento jurídico interno.

Son de vital importancia las comparaciones de los derechos consagrados en las normas de derecho internacional y las normas internas, ya que al reconocerlas la CPE como parte del mismo sistema jurídico, al tener claras las comparaciones en cuanto a la protección de derechos, ante algún conflicto, se deben tener en cuenta no solamente los derechos protegidos en las leyes sino también en los instrumentos internacionales.

CAPITULO III: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Carlos Alberto Duque Vs. Colombia

La sentencia del caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia, dictada por la Corte IDH el 26 de febrero de 2016, declaró responsable internacionalmente al Estado de Colombia por la vulneración al derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, debido a la negación de la pensión de sobrevivientes que hizo un fondo de pensiones a un hombre cuando su pareja falleció, debido a que para el momento en que él solicitó esa prestación, la ley colombiana no permitía que parejas del mismo sexo recibieran este tipo de derecho.

Durante el trámite del caso, el Estado planteó que reconocía la existencia de un “hecho ilícito internacional continuado, durante al menos parte del período de tiempo que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo”⁵⁸. Pero que habían cesado en la vulneración de derechos debido a que una sentencia modificó las normas que estaban generando el hecho ilícito internacional y afirmó que se había reparado los efectos de este hecho al garantizar un recurso adecuado y efectivo para el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo.

No obstante, la Corte IDH declaró que el Estado era responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la CADH que dicta lo siguiente: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”*⁵⁹, en relación con el artículo 1.1 que reconoce que los Estados Partes de la CADH 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,

⁵⁸ Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016

⁵⁹ Convención Americana de Derechos Humanos

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, en perjuicio del señor Angel Duque, toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia por la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación.

La Corte IDH asimismo señaló que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.⁶⁰ La CADH proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en ese instrumento. Asimismo, la Corte IDH estableció que, tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la CADH, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.

El artículo 1.1. De la CADH refiere a 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, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁶⁰ Caso Flor Freire Vs. Ecuador, sentencia de 31 de agosto de 2016

Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la CADH, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas.⁶¹

En este sentido, al interpretar el término “otra condición social” debe elegirse siempre la alternativa más favorable a la tutela de los derechos protegidos, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional conforme va evolucionando, por lo que podemos concluir que dentro de “otra condición social” se protegen los derechos que emanan de la orientación sexual.

En consecuencia la Corte IDH concluyó que hacer una diferenciación al momento de hacer el pago de la pensión de sobreviviente entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo atenta contra el derecho a la igualdad ante la ley, contenido en el artículo 24 y 1.1 de la CADH, debido a que al existir esta diferenciación y únicamente permitirle este derecho a las parejas heterosexuales, se está discriminando a las parejas del mismo sexo por su orientación sexual, que es un derecho protegido por la CADH.

Por lo anteriormente expuesto, y considerando que la Corte IDH considera que se vulneraron derechos humanos protegidos por la CADH al no otorgar el pago de sobrevivientes a una persona por ser una pareja homosexual, podemos concluir que los derechos patrimoniales provenientes de las uniones de parejas del mismo sexo son protegidos por la CADH y consecuentemente, deben ser protegidos y reconocidos por los estados parte. La Corte IDH también sigue la línea de interpretación de derechos de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Obergefell et al. vs. Hodges*, ya que en la

⁶¹ El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114 y Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106. En el Tribunal Europeo ver T.E.D.H., Caso *Tyrer v. Reino Unido*, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

sentencia *Duque Vs. Colombia* determinó que los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte⁶².

Del mismo modo, la Corte IDH ha observado que existe una lista en expansión de derechos, beneficios y responsabilidades de las cuales las parejas del mismo sexo podrían ser titulares. Estos aspectos incluyen –entre otros– impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos⁶³. Todo ello, a juicio de la Corte IDH, debe ser asegurado sin discriminación alguna a las familias conformadas por parejas del mismo sexo⁶⁴.

⁶² *Caso Duque Vs. Colombia*. Asimismo, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007, Principio 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección.

⁶³ *Caso Duque Vs. Colombia*. Asimismo, véase Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Obergefell et al. vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* No. 14–556. Argued April 28, 2015— 26 de junio de 2015.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Obergefell et al. vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* No. 14–556. Argued April 28, 2015— 26 de junio de 2015.

Caso Atalá Riffo y niñas Vs. Chile

En 2010 la CIDH presentó una demanda contra el Estado de Chile. La petición inicial fue presentada ante la CIDH en 2004 por la señora Karen Atalá Riffo. El caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atalá debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas.

La señora Atalá tuvo tres hijas en su matrimonio con el señor López Allende, con el que posteriormente decidió finalizar el lazo conyugal y establecieron mutuamente que la señora Atalá mantendría la tuición y cuidado de sus tres hijas. Posteriormente la pareja sentimental de la señora Atalá Riffo comenzó a convivir en el mismo hogar con ella y sus tres hijas, por lo que el padre de las menores interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de menores, ya que él consideraba que “desarrollo físico y emocional de las niñas estaría en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre alegando su nueva opción de vida sexual. El Juzgado concedió la tutela al padre y reguló las visitas de la madre a pesar de que reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre, luego de un proceso de apelaciones de sentencias, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de Chile, concediendo la tuición definitiva al padre.

En dicha sentencia, la Corte Suprema indicó que “en todas las medidas que le conciernan a los niños y niñas, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”⁶⁵.

La Corte Suprema fundamentó su decisión argumentando que había existido un deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores de edad, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas al tener una

⁶⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004.

familia “excepcional” podrían ser objeto de discriminación social, tanto en el ámbito educativo como dentro de su comunidad, exponiéndolas a aislamiento y discriminación derivada de este hecho. Sostuvo que según testimonios de las personas cercanas a las menores de edad, las niñas empezaban a tener actitudes demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja, lo que afectaría seriamente su desarrollo personal⁶⁶.

Según la Corte Suprema, la señora Atalá interpuso sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que cría a sus hijas separada del padre de éstas. Además la Corte consideró que las menores podrían sufrir una eventual confusión de roles sexuales al no tener una figura paterna de sexo masculino en su hogar, y al verse reemplazada esta figura por una persona del sexo femenino, lo cual significaría una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores.

Por tanto, la Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituían “causa calificada” para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración”⁶⁷.

De las conclusiones y determinaciones de la Corte IDH en el presente caso, podemos resaltar ciertos puntos que nos indican cual es la línea que sigue la Corte IDH de acuerdo no únicamente a la protección de los derechos de las personas de distintas orientaciones sexuales, sino también a la protección que le da a las familias diversas y a los derechos tanto de padres los padres que tienen distintas orientaciones sexuales, como de sus hijos.

En relación a la controversia acerca de la capacidad de tuición de los hijos, la Corte IDH recalca que una determinación a partir de presunciones infundadas y

⁶⁶ *Ibíd*em

⁶⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004.

estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte IDH consideró que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños⁶⁸.

La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios.

Sobre la presunta discriminación social a la que se verían expuestas las menores de edad, la Corte IDH consideró que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas debido a que para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre.

La Corte IDH considera que, a pesar de que actualmente aún existen sociedades que pueden ser intolerantes a ciertas condiciones sociales, incluyendo la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. La Corte IDH también constató que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres

⁶⁸ Caso Atalá Riffo vs. Chile, 24 de febrero de 2012

solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad.⁶⁹

En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos. Asimismo, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte IDH consideró que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño.

Adicionalmente, en el caso concreto, el hecho de vivir con su madre y su pareja no privaba a las niñas del rol paterno, por cuanto el objeto del proceso de tuición no implicaba que el padre hubiera perdido el contacto con ellas; además que, la Corte IDH considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales. El artículo 11 de la CADH prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias.

Dado que los tribunales internos tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la señora Atalá al momento de decidir sobre la tuición, expusieron diversos aspectos de su vida privada a lo largo del proceso y se generó una injerencia arbitraria en ésta, considerando que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la capacidad de ser buen padre o madre, la sentencia de la

⁶⁹ *Ibidem*

Corte IDH declaró al Estado de Chile responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio de Karen Atalá Riffo y sus hijas y por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 de la CADH.

Opinión Consultiva 24/2017 de 24 de noviembre de 2017

El 18 de mayo de 2016 la República de Costa Rica (en adelante “Costa Rica” o el “Estado solicitante”), con fundamento en los artículos 64.1 y 64.2 de la Convención Americana⁷⁰ y de conformidad con lo establecido en los artículos 70⁷¹ y 72⁷² del Reglamento, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.2⁷³, 18⁷⁴ y 24⁷⁵ de la CADH, en

⁷⁰ Artículo 64 de la Convención Americana: “1. 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. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. 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”.

⁷¹ Artículo 70 del Reglamento de la Corte: “1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. 2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados. 3. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la OEA distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el numeral anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia”.

⁷² Artículo 72 del Reglamento de la Corte: “1. La solicitud de una opinión consultiva presentada de conformidad con el artículo 64.2 de la Convención deberá señalar: a. las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta; b. las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte; c. el nombre y la dirección del Agente del solicitante. 2. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta”.

⁷³ Artículo 11.2 de la Convención Americana: “Protección de la Honra y de la Dignidad. [...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

relación con el artículo 1⁷⁶ del mismo instrumento (en adelante “la solicitud” o “la consulta”). Costa Rica expuso las consideraciones que originaron la consulta y señaló que el reconocimiento de los derechos humanos derivados de la orientación sexual e identidad de género se ha caracterizado como un proceso distinto en los Estados integrantes del SIDH señaló además que es posible vislumbrar un amplio espectro de casos, desde países que han reconocido de manera plena derechos a las personas LGBTI, hasta aquellos Estados miembros que, al día de hoy, mantienen vigentes leyes prohibitivas contra cualquier forma de vivencia y expresión contraria a la heteronormatividad⁷⁷ o bien, han sido omisos en el reconocimiento de los derechos relativos a estas poblaciones.

La Corte IDH afirmó que una interpretación de la Corte IDH respecto de los estándares señalados, sería un aporte fundamental para el Estado de Costa Rica y todos los países del SIDH, toda vez que permitiría adaptar el ordenamiento interno a los estándares interamericanos, en garantía de las personas y sus derechos. Es decir, permitiría fortalecer y dirigir el actuar de los Estados hacia un cumplimiento pleno de las obligaciones en relación con estos Derechos Humanos.⁷⁸

⁷⁴ Artículo 18 de la Convención Americana: “Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

⁷⁵ Artículo 24 de la Convención Americana: “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

⁷⁶ Artículo 1 de la Convención Americana: “Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

⁷⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. Conceptos Básicos: Heteronormatividad: sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes.

⁷⁸ Opinión consultiva 24-17 de 24 de noviembre de 2017

Con base en lo anteriormente expuesto, Costa Rica presentó a la Corte las siguientes preguntas específicas:

1. “Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?”;
2. “En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?”;
3. “¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?”;
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 lo 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 derivan 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 derivan de esta relación?”.⁷⁹

⁷⁹ Opinión consultiva 24-17 de 24 de noviembre de 2017

Si bien la solicitud de opinión consultiva presentada por Costa Rica se refiere a derechos acerca de la orientación sexual, identidad de género e igualdad y no discriminación, así como también acerca de los procesos para el cambio de nombre de acuerdo a la identidad de género de las personas, en este trabajo de investigación únicamente se considerarán las preguntas concernientes a los derechos de parejas del mismo sexo, es decir las preguntas 4 y 5.

La cuarta y la quinta preguntas sobre las cuales Costa Rica solicita la opinión de la Corte IDH, se refiere a los derechos patrimoniales derivados de vínculos entre personas del mismo sexo y los mecanismos por los cuales el referido vínculo debe ser protegido de acuerdo a la CADH.

Cuarta pregunta

La cuarta pregunta formulada por Costa Rica, fue la siguiente: *“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 lo 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 derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?”*,

En respuesta a la cuarta pregunta planteada por el Estado de Costa Rica, la cual se refiere a la protección de los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo, la Corte IDH concluyó que:

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 derivan 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 heterosexuales⁸⁰.

Si bien Costa Rica, en su solicitud de opinión consultiva, no explicitó a cuál vínculo entre personas del mismo sexo se refería, la Corte IDH observa que en la pregunta formulada, el Estado hace alusión al artículo 11.2 de la CADH⁸¹, el cual protege a las personas de injerencias arbitrarias a la vida privada y familiar⁸², el Tribunal entiende que las preguntas remitidas por el Estado versan sobre los derechos patrimoniales que derivan de un vínculo resultante de relaciones afectivas entre parejas del mismo sexo, tal y como sucedió en el caso *Duque Vs. Colombia*⁸³. Además, la Corte IDH observa que, en términos generales, los derechos producto de relaciones afectivas entre parejas, suelen estar tutelados y protegidos por la CADH a través del instituto de la familia y el de la vida familiar.

La Corte IDH considera que las posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado, deben analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el artículo 11.2 de la CADH, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo legal⁸⁴. Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por “familia”. Sobre el particular, la Corte IDH ha señalado que en la CADH no se encuentra determinado un

⁸⁰ Opinión Consultiva 24/2017 de 24 de noviembre de 2017

⁸¹ Artículo 11.2 de la Convención Americana: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

⁸² Caso *Atalá Riffo vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

⁸³ Caso *Duque Vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016

⁸⁴ Caso *Atalá Riffo vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012

concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma⁸⁵.

Sin perjuicio de su importancia trascendental, la Corte IDH también hace notar que la existencia de la familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades. Su conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos. Asimismo, las sociedades contemporáneas se han desprendido de nociones estereotipadas respecto de los roles que los integrantes de una familia deben asumir, muy presentes en las sociedades de la región al momento de la creación de la CADH. En ocasiones, la evolución de estas nociones ha ocurrido mucho antes que la legislación de un Estado se adapte a las mismas.

En relación con lo anterior, la Corte IDH observa que en la actualidad existen diversas formas en las que se materializan vínculos familiares que no se limitan a relaciones fundadas en el matrimonio⁸⁶. Por lo que la Corte IDH ha opinado que la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales⁸⁷.

En este sentido, con respecto al artículo 17.2 de la CADH, la Corte considera que si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. Para la Corte IDH, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio y que esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia

⁸⁵ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21 (13º período de sesiones, 1994). La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 13;

⁸⁶ Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 69 y 70; Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile

⁸⁷ Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

protegida por la CADH, se debe tomar en cuenta que durante los trabajos preparatorios a la adopción de la CADH, no hubo consideración acerca de si se debía considerar a las parejas del mismo sexo como una forma de familia, debido a que esto sucedió en atención al momento histórico en que dicha adopción ocurrió. No obstante, se podrían tener consideraciones similares respecto de otras modalidades familiares, incluyendo aquellas en las cuales sus integrantes no asumen roles basados en estereotipos de género.

El vínculo afectivo que la CADH protege es imposible de cuantificar o codificar, motivo por el cual, desde su jurisprudencia más temprana, la Corte IDH ha entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia⁸⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte IDH no tiene motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo.

En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la CADH, cuyo objeto es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”⁸⁹, sin distinción alguna.

El alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales. Como fue constatado por la Corte, las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales así como otros

⁸⁸ *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, párr. 68; *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párr. 86, y *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 92. Más recientemente, *Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina*, párr. 98.

⁸⁹ Opinión Consultiva OC-2/82, párr. 29; Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 53, y Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párr. 42.

internacionalmente reconocidos. También, considera que la protección de estas familias y uniones, deben ser los mismos que aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.

Quinta pregunta

La quinta pregunta formulada por Costa Rica, fue la siguiente: *“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 derivan de esta relación?”*

En respuesta a la quinta pregunta del Estado de Costa Rica, en torno a si 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 derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los 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, 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 alguna.⁹⁰

⁹⁰ Opinión Consultiva 24/17, de 24 de noviembre de 2017

Al respecto, la Corte IDH anteriormente en la sentencia del caso Duque Vs. Colombia sostuvo que diversos Estados de la región han tomado acciones legislativas, administrativas y judiciales para asegurar los derechos de parejas del mismo sexo, a través del reconocimiento tanto de la unión civil o unión de hecho, como el matrimonio igualitario⁹¹ y que éstas medidas de diversa índole que deberían ser adoptadas por los Estados para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo, ya que los artículos 11.2 y 17 de la CADH no protegen un modelo en particular de familia, y ninguna de estas disposiciones puede ser interpretada de manera que se excluya a un grupo de personas a los derechos allí reconocidos.

En efecto, si un Estado decide que para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, y por ende, opta por extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo –incluyendo el matrimonio–, de conformidad con el principio *pro persona* contenido en el artículo 29 de la CADH, tal reconocimiento implicaría que esas figuras extendidas estarían también protegidas por los artículos 11.2 y 17 de la Convención. La Corte IDH consideró que este sería el medio más sencillo y eficaz para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo, ya que establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional.⁹²

Por otro lado, el significado de la palabra “matrimonio” al igual que la de “familia” ha variado conforme al paso de los tiempos. La evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso,

⁹¹ Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016

⁹² Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017

sociológico, económico, ideológico y lingüístico⁹³. Consecuentemente, en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas, que si bien tienen un rol importante en la vida de las personas, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro para determinar los derechos de seres humanos. En ese sentido, tales convicciones no pueden condicionar lo que la CADH establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de la Corte IDH, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro⁹⁴.

Argumentar, con el fin negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, afirmando que la finalidad del matrimonio es la procreación y que éste tipo de uniones no cumpliría, es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social. Ya que según afirma la Corte IDH, la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas que por cualquier motivo carecen de capacidad o de interés en procrear.

Asimismo, a consideración de la Corte IDH, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado

⁹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-214/16

⁹⁴ Corte Constitucional de Sudáfrica. *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC), Sentencia de 1 de diciembre de 2005.

estereotipo. Por esto, la Corte IDH considera que no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la CADH⁹⁵.

Por otra parte, la Corte IDH en ésta Opinión Consultiva, reitera su jurisprudencia constante en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido⁹⁶.

La Corte IDH entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida. Además, considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes. Recalcar esto es necesario para reconocerles igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado.

Un punto recalable que la Corte IDH considera en ésta Opinión Consultiva, es que los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende,

⁹⁵ Opinión Consultiva OC- 24/17 de 24 de noviembre de 2017

⁹⁶ *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 92, *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 123, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, párr. 124.

garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.

Conclusiones del capítulo

La Corte IDH en los casos Atala Riffo y Niñas vs. Chile y Duque vs. Colombia, como también en la Opinión Consultiva 24/2017 determinó como una categoría de discriminación protegida por la CADH, las actuaciones que denigren a las personas en razón tanto de la identidad de género como, especialmente en esos casos, de la orientación sexual.

Quienes redactaron y adoptaron la CADH no presumían conocer el alcance absoluto de los derechos y libertades fundamentales allí reconocidos, motivo por el cual, la CADH le confiere a los Estados y a la Corte IDH la tarea de interpretar, descubrir y proteger dichos alcances conforme al cambio de los tiempos y la evolución de los derechos. Así, la Corte IDH al hacer estas interpretaciones reconociendo los derechos de estos vínculos familiares se apega a la intención inicial de los Estados que pactaron la CADH; ya que de ésta manera se están consagrando y protegiendo más derechos y se beneficia a más personas.

De las sentencias y Opinión Consultiva estudiadas, se puede concluir y recalcar una serie de derechos que son parte de la CADH ya que la Corte IDH, su intérprete por excelencia, considera que son protegidos por ésta y que los Estados miembros deben respetar. Estos derechos son:

El derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte IDH incluye como una categoría protegida por la CADH, además del derecho de formar una familia, ya que la Corte reconoce que las familias también pueden estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual.

Derechos referentes a impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada.

Derechos patrimoniales provenientes de las uniones de parejas del mismo sexo, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud, otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte⁹⁷.

La Corte IDH reconoce el derecho al acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, lo cual incluye el derecho al matrimonio y a las formas de reconocimiento de las parejas de los Estados.

⁹⁷ Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016, Asimismo, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007, Principio 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección.

CAPÍTULO IV: LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente investigación es un estudio comparativo, en la que se estudia y analiza una institución jurídica, la unión de personas del mismo sexo entre la Jurisprudencia de la Corte IDH y la legislación boliviana.

Del estudio y análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH se pueden destacar una serie de derechos que son reconocidos como parte de la CADH que en el presente capítulo se analizan y comparan, para determinar las similitudes y diferencias entre la protección y reconocimiento de estos derechos, tomando en cuenta la CPE y las leyes vigentes.

El derecho a la igualdad y no discriminación

La discriminación es toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas⁹⁸.

En cuanto a la CPE, ésta sostiene que existen determinados valores en los cuales se sustenta el Estado, de los cuales podemos destacar la igualdad, inclusión, respeto, entre otros. De la misma manera, según el artículo 14, el Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación, mencionando entre las categorías de protección la orientación sexual e identidad de género. Sosteniendo además el libre y eficaz ejercicio, sin discriminación alguna de todos los derechos establecidos en la CPE, leyes y tratados internacionales para todas las personas y colectividades.

⁹⁸BAYA, Camargo Monica, Nogales López Janeth, Zárate Quezada Carlos. **Derechos Humanos De La Población LGBTI**, Normativa, jurisprudencia y recomendaciones Es una publicación del Observatorio de los Derechos LGBT en coordinación con el Observatorio de Género del Órgano Judicial y la Escuela de Jueces. Bolivia, La Paz, noviembre de 2017.

Consecuentemente, al estar prohibida toda forma de discriminación según la CPE, el 08 de octubre de 2010 se promulgó la ley Contra el Racismo y toda forma de Discriminación No. 045, que sostiene que para efectos de aplicación e interpretación de dicha ley, se entiende como discriminación a toda forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en razón de distintos aspectos y características del ser humano, incluyendo a la orientación sexual e identidad de género como categorías protegidas según la ley, la cual sanciona cualquier clase de acto que tenga como fin menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la CPE y el derecho internacional.

Esta ley, incorpora al Código Penal boliviano, ciertos delitos que ayudan a que estas prohibiciones se hagan efectivas y que haya un medio de cumplimiento de la ley. Los delitos están enmarcados dentro del Capítulo IV que se refiere a los Delitos Contra la Dignidad del Ser Humano, tales delitos son:

Artículo 281 ter.- (Discriminación) *La persona que arbitraria e ilegalmente obstruya, restrinja, menoscabe, impida o anule el ejercicio de los derechos individuales y colectivos, por motivos de sexo, edad, género, orientación sexual e identidad de género, identidad cultural, filiación familiar, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, opinión política o filosófica, estado civil, condición económica o social, enfermedad, tipo de ocupación, grado de instrucción, capacidades diferentes o discapacidad física, intelectual o sensorial, estado de embarazo, procedencia regional, apariencia física y vestimenta, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a cinco años.*

I. *La sanción será agravada en un tercio el mínimo y en una mitad el máximo cuando:*

- a) *El hecho sea cometido por una servidora o servidor público o autoridad pública.*
- b) *El hecho sea cometido por un particular en la*

prestación de un servicio público.

c) *El hecho sea cometido con violencia.*

Artículo 281 quater.- (Difusión e Incitación al Racismo o a la Discriminación). *La persona que por cualquier medio difunda ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, o que promuevan y/o justifiquen el racismo o toda forma de discriminación, por los motivos descritos en los Artículos 281 bis y 281 ter, o incite a la violencia, o a la persecución, de personas o grupos de personas, fundados en motivos racistas o discriminatorios, será sancionado con la pena privativa de libertad de uno a cinco años.*

- I. La sanción será agravada en un tercio del mínimo y en una mitad del máximo, cuando el hecho sea cometido por una servidora o servidor público, o autoridad pública.*
- II. Cuando el hecho sea cometido por una trabajadora o un trabajador de un medio de comunicación social, o propietario del mismo, no podrá alegarse inmunidad ni fuero alguno.*

Artículo 281 septieser.- (Organizaciones o Asociaciones Racistas o Discriminatorias). *La persona que participe en una organización o asociación que promuevan y/o justifiquen el racismo o la discriminación descritos en los Artículos 281 bis y 281 ter o incite al odio, a la violencia o la persecución de personas o grupos de personas fundados en motivos racistas o discriminatorios, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a cuatro años.*

La sanción será agravada en un tercio el mínimo y en una mitad el máximo, cuando el hecho sea cometido por una servidora o servidor público o autoridad pública.

Artículo 281 octies.- (Insultos y otras agresiones verbales por motivos racistas o discriminatorios). *El que por cualquier medio realizare insultos u otras agresiones verbales, por motivos racistas o discriminatorios descritos en los Artículos 281 bis y 281 ter, incurrirá en prestación de trabajo de cuarenta días a dieciocho meses y multa de cuarenta a ciento cincuenta días.*

- I. Si este delito fuera cometido mediante impreso, manuscrito o a través de medios de comunicación, la pena será agravada en un tercio el mínimo y en un medio el máximo.*
- II. Si la persona sindicada de este delito se retractare, antes o a tiempo de la imputación formal, la acción penal quedará extinguida. No se admitirá una segunda retractación sobre el mismo hecho.*
- III. La retractación deberá realizarse por el mismo medio, en iguales condiciones y alcance por el cual se realizó el insulto o la agresión verbal, asumiendo los costos que ello implique.⁹⁹*

Igualmente existen otras leyes en las que se prohíbe la discriminación por razones de identidad y orientación sexual, un ejemplo de esto es la Ley de Identidad de Género, N° 807 de 21 de mayo de 2016, la cual protege los derechos de las personas transexuales o transgénero, sosteniendo que quien manifestando odio, exclusión o restricción, será sancionada de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 045 de 8 de octubre de 2010, Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación.

De la misma manera y en línea con lo mencionado respecto al derecho a la igualdad, uno de los principios que rige la Ley Integral Para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, N° 348 de 9 de marzo de 2013 es la igualdad de oportunidades, lo cual se refiere a que las mujeres, independientemente de sus circunstancias personales, y otros aspectos

⁹⁹ Ley Contra el Racismo y toda forma de Discriminación No. 045

incluyendo la orientación sexual, tendrán acceso a la protección y acciones que esta Ley establece, en todo el territorio nacional¹⁰⁰.

Derecho de formar una familia

En el Código de las Familias, Ley No. 603 de 19 de noviembre de 2014, se reconocen como principios y valores inherentes a los derechos de las familias la igualdad de oportunidades y se reconocen los derechos de las familias a la vida privada, a la autonomía, igualdad, y dignidad de las familias sin discriminación. La misma ley, reconoce la obligación del Estado de proteger a las familias respetando la diversidad de ellas y procurando su bienestar. Según este texto normativo, las diversas formas de familias reconocidas por instancias nacionales e internacionales gozan las mismas condiciones sin distinción alguna.

Sin embargo, la misma ley establece que el matrimonio civil y la unión libre o de hecho deben cumplir con ciertas condiciones para tener validez legal, entre ellas la diferencia de sexos, tomando el matrimonio o las uniones libres como el núcleo de la familia, al permitirse únicamente ésta clase de uniones y declarándolas nulas si estas fueren entre personas del mismo sexo, no se cumple con el reconocimiento de la diversidad de las familias, reconociéndose únicamente las conformadas por personas de distinto sexo.

De la misma manera, la Ley No. 548; Código Niña, Niño y Adolescente en el artículo 84, que se refiere a los requisitos para la solicitud de adopción de un menor, se encuentran el certificado de matrimonio, para parejas casadas y en caso de uniones libres, la relación deberá ser probada de acuerdo a normativa vigente¹⁰¹; lo cual significa que al no estar reconocido legalmente el matrimonio o unión libre entre personas del mismo sexo, estas parejas no pueden adoptar. Si bien una persona independientemente de su orientación sexual puede

¹⁰⁰ Ley Integral Para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, N° 348 de 9 de marzo de 2013

¹⁰¹ Ley No. 548; Código Niña, Niño y Adolescente

solicitar la adopción, una pareja de personas del mismo sexo no puede hacerlo como una heterosexual.

Con la promulgación de la Ley N° 807 de Identidad de Género, el 21 de mayo de 2016, Bolivia dio un paso histórico para la comunidad LGBTI, al establecer por primera vez en su historia, el procedimiento para el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen de personas transexuales y transgénero, en toda documentación pública y privada vinculada a su identidad, permitiéndoles ejercer de forma plena su derecho a la identidad de género.

Se reconocen ciertos efectos que resultan del cambio de sexo, los cuales se mencionan en la ley.

Artículo 11. (EFECTOS).

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 asumida¹⁰².

La promulgación de la ley derivó en el rechazo de distintos sectores que se opusieron al matrimonio trans y una eventual adopción de hijos con la interpretación que se podía dar al artículo 11.

Luego de seis meses de la promulgación la ley, tres diputados y una Plataforma ciudadana presentaron un recurso de inconstitucionalidad contra esa norma ante el Tribunal Constitucional Plurinacional (En adelante “TCP”).

El TCP emitió el 9 de noviembre de 2017 la Sentencia constitucional 76/2017 que declaró la inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley de Identidad de Género, en lo referido a los derechos y obligaciones de las personas que opten por el cambio de identidad de género. Con ello, veta los matrimonios y adopciones para los transexuales.

¹⁰² Ley de identidad de género, n° 807 de 21 de mayo de 2016

En la Sentencia Constitucional, se resalta que el “riesgo” identificado por la parte accionante de lo regulado por el artículo 11 respecto del matrimonio y la unión libre de hecho, tiene como fundamento la supuesta defraudación que ocasionaría una persona transgénero o transexual que asume como dato de sexo uno diferente a aquel con el que fue inicialmente registrado, al no poder concretar uno de los “fines” del matrimonio, como resulta ser la procreación.

Añade que dicha finalidad del matrimonio, la procreación, no se limita al acto biológico por el que se da el anidamiento de una nueva vida, sino también el cuidado y crianza de los hijos, ya que la perpetuación de la especie humana está intrínsecamente ligada a cómo efectivamente se garantiza la crianza de nuevas generaciones.

De esta forma, se declaró inconstitucional la 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 hombre 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 individualidad¹⁰³.

Como recalcó la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24/17, negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, afirmando que la finalidad del matrimonio es la procreación y que éste tipo de uniones no cumpliría, es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social. Ya que según afirma la Corte, la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas que por cualquier motivo carecen de capacidad o de interés en procrear.

¹⁰³ Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017 Sucre, 9 de noviembre de 2017

Derechos referentes a impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada

En el Código de Las Familias, Ley No. 603 de 19 de noviembre de 2014 se regula la comunidad ganancial, la cual según el artículo 176 se constituye desde el momento de la unión de los cónyuges, comunidad que se constituye sin importare que uno de ellos no tenga bienes o tenga más que el otro.

La comunidad ganancial se constituye desde el matrimonio o desde que inicia la unión libre¹⁰⁴, debido a que la misma ley declara como nulos los matrimonios o uniones libres que se formen entre personas del mismo sexo, no podría existir una comunidad ganancial entre parejas del mismo sexo, lo cual implica que una pareja, a pesar de tener las mismas características de convivencia de una unión libre, independientemente del tiempo que lleven conviviendo no conforman esta comunidad, no se presume comunidad y los bienes, así como las deudas, los créditos y obligaciones se consideran propios. Lo cual tiene muchas implicancias, por ejemplo al momento de disolver el vínculo, ya que según el artículo 198, las causas de terminación de la comunidad ganancial son a) Desvinculación conyugal. b) Declaración de nulidad del matrimonio. c) Separación judicial de bienes, en los casos en que procede¹⁰⁵.

Las parejas del mismo sexo, al no estar reconocidas dentro de la ley, no son alcanzadas por los efectos de la terminación de esta comunidad.

Consecuentemente, al no ser reconocidas las parejas del mismo sexo como cónyuges, esto tiene implicancias en las sucesiones. Debido a que los artículos referidos a la legítima del cónyuge no serían aplicables a esta clase de uniones. Si bien una persona podría disponer de la porción disponible de su patrimonio para quien desee y podría hacerlo a favor de su pareja, esto no es un derecho que ésta adquiriría en caso de la sucesión intestada.

¹⁰⁴ Código de Las Familias, Ley No. 603 de 19 de noviembre de 2014, artículo 176.

¹⁰⁵ Código de Las Familias, Ley No. 603 de 19 de noviembre de 2014, artículo 198.

Derechos patrimoniales provenientes de las uniones de parejas del mismo sexo, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud, otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte

En línea con lo mencionado en el punto anterior, las parejas al no ser consideradas como cónyuges dentro de la ley y al no ser reconocidos como herederos, tienen los derechos limitados en una serie de ámbitos, como por ejemplo los beneficios laborales, los cuales, según el artículo 3 de la ley 18 de noviembre de 1947 y el artículo 88 de la Ley General del Trabajo, en caso de fallecimiento pueden ser cobrados por los herederos legalmente declarados a través de una declaratoria de herederos debidamente notariada y en caso de muerte por enfermedad profesional o accidente se cancelará también a los herederos el equivalente a dos años de salario¹⁰⁶.

Asimismo, según las definiciones de la Ley de Pensiones, Ley 605 se entiende como Derechohabientes a las personas de uno de los siguientes grados:

***Primer Grado:** Son, en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, y los hijos del Asegurado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos, hasta que cumplan dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad o los que fueran inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan. Estas personas son Derechohabientes en forma forzosa.*

¹⁰⁶ Código de Seguridad Social, 14 de diciembre de 1956

Segundo Grado: Son, en orden de prelación, los progenitores y los hermanos menores de dieciocho (18) años de edad del Asegurado. A efectos de contar con el derecho a Pensión por Muerte y pagos del Sistema Integral de Pensiones, los Derechohabientes de Segundo Grado no requieren haber sido expresamente declarados por el Asegurado.

El Asegurado podrá declarar expresamente la exclusión de algún Derechohabiente de Segundo Grado

Tercer grado: Son, las personas que no pertenecen a los grados anteriores, y que son declaradas libremente por el Asegurado a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo. Estos Derechohabientes sólo pueden acceder a la Fracción de Saldo Acumulado¹⁰⁷.

Considerando lo anterior, una persona podría declarar libremente a alguien que no pertenecen a los otros grados mencionados (primer y segundo grado) pero esta no tiene los mismos derechos que los anteriores, y requieren ser expresamente declarados. En esa misma línea, el Artículo 45 de la misma ley, que se refiere a la Prestación de Invalidez por Riesgo Laboral, Pensiones por Muerte a Derechohabientes de Primer o Segundo Grado, vitalicias y temporales según correspondan, al fallecimiento del Asegurado Independiente con Pensión de Invalidez por Riesgo Laboral¹⁰⁸. Excluyendo a los derechohabientes de tercer grado.

Según el artículo único del Decreto Supremo 1212, haciendo referencia a las licencias por maternidad o paternidad, solo es aplicable a padre madre, cónyuge o conviviente, a quien se le otorgará una Licencia por Paternidad de tres (3) días laborales, a partir del alumbramiento de la cónyuge o conviviente del trabajador del sector privado, con el goce del cien por ciento (100%) de su total ganado. Para ser beneficiado con la Licencia por Paternidad, el trabajador

¹⁰⁷ Ley de Pensiones Ley 605

¹⁰⁸ Ley de Pensiones Ley 605

deberá presentar a la empleadora o empleador el Certificado que acredite el alumbramiento, emitido por el Ente Gestor de Salud correspondiente¹⁰⁹.

Respecto al derecho a los seguros de salud, si bien una persona tiene la opción de registrar a sus beneficiarios, es requisito para tal efecto el matrimonio o acta de declaración de convivencia, con lo que se tiene acceso a las mismas prestaciones que las del asegurado. Al no poder tener acceso a estas instituciones, matrimonio y unión libre, las parejas del mismo sexo no tienen la posibilidad de afiliar a sus parejas para que sean acreedoras de las prestaciones de salud.

De la misma manera, para poder acceder a los subsidios prenatales, de lactancia, bono de nacido vivo, bono de sepelio se requiere que la pareja esté afiliada al Ente Gestor de Salud, por lo que al no poder afiliar a su pareja, esta no recibe estos beneficios.

Respecto a los beneficios funerarios, la Ley de Pensiones, Ley 605 sostiene que la Prestación de Vejez obtenida por el Asegurado, comprende el pago de: a) Pensión de Vejez, vitalicia a favor del Asegurado. b) Pensiones por Muerte a Derechohabientes, vitalicias y temporales según correspondan, al fallecimiento del Asegurado con Pensión de Vejez. c) Gastos Funerarios al fallecimiento del Asegurado con Pensión de Vejez

Respecto a los Beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges parejas como resultado de enfermedad o muerte podemos recalcar que los Artículos 37, 41 y 46 de la Ley N° 065, definen Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, respectivamente, los mismos que se pagan a los Derechohabientes de Primer y Segundo Grado y las Pensiones por Muerte originadas por Riesgo Laboral se pagan como consecuencia del Accidente Laboral o Enfermedad Laboral, que provocan el fallecimiento de un Asegurado Independiente menor de sesenta y cinco (65) años de edad, que no percibía Pensión de Invalidez por Riesgo Laboral. Las Pensiones por Muerte

¹⁰⁹ Decreto Supremo 1212 de 1 de mayo de 2012

consisten en pensiones vitalicias y temporales según corresponda a favor de los Derechohabientes de Primer o Segundo Grado¹¹⁰.

Derecho al matrimonio y a las formas de reconocimiento de las parejas de los Estados

Respecto al matrimonio y las uniones libres de hecho, la CPE establece lo siguiente:

Artículo 63.

- I. El matrimonio entre una mujer y un hombre 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 hombre 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 aquéllas¹¹¹.

Respecto a lo anterior, se puede considerar que la CPE otorga un “candado” en la misma respecto a las uniones entre parejas del mismo sexo, debido a que al mencionarse que estas son “entre una mujer y un hombre” no se permite que se legisle al respecto debido a que esto sería contrario a la CPE.

Actualmente, no se permite el matrimonio ni se reconocen las uniones civiles entre personas del mismo sexo, en el Código de Las Familias, Ley No. 603 de 19 de noviembre de 2014 se menciona como causal de nulidad del matrimonio o de las uniones libres, el que éstas no sean entre personas de distinto sexo, es decir, hombre y mujer. No obstante, como se mencionó anteriormente, con la promulgación de la Ley N° 807 de Identidad de Género, el 21 de mayo de 2016,

¹¹⁰ Ley de Pensiones, Ley 065

¹¹¹ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

al permitir el cambio de sexo, se le permitía a quienes realicen este cambio ejercer de forma plena su derecho a la identidad de género, esto incluyendo el derecho a contraer el matrimonio con una persona del sexo opuesto.

Al declararse la inconstitucionalidad del parágrafo II del artículo 11 de la Ley de Identidad de Género, referido a los derechos y obligaciones de las personas que opten por el cambio de identidad de género además de, como ya se mencionó, veta a las adopciones para los transexuales, también lo hace con los matrimonios.

Conclusiones del capítulo

La CPE protege determinados valores en los cuales se sustenta el Estado, de los cuales podemos destacar la igualdad, inclusión, respeto, entre otros. Asimismo, además de reconocerse que todos los ciudadanos son iguales, se prohíbe y sanciona toda forma de discriminación, garantizando el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos dentro de la CPE, las leyes y tratados internacionales para todas las personas y colectividades.

Si bien la CPE garantiza que se protegerán los mismos derechos que establecen los tratados internacionales, se puede evidenciar que los derechos de las parejas del mismo sexo no están protegidos de la misma manera que lo están en la CADH.

Bolivia ha desarrollado su legislación al respecto de la lucha contra el racismo y la discriminación, logrando que se sancionen los actos discriminatorios, incluyendo entre estos los actos homofóbicos y de discriminación en materia de orientación sexual, sin embargo, en cuanto a los derechos de las parejas del mismo sexo, estas no están protegidas por la ley.

Las parejas del mismo sexo no están reconocidas jurídicamente en Bolivia, esto causa desigualdad entre los derechos que se les protege a quienes sostienen relaciones heterosexuales y quienes tienen distintas orientaciones sexuales. Al no reconocerse el matrimonio o la unión libre entre parejas del mismo sexo, se

cierran los derechos que estos pudieran ejercer, ya que en las leyes actuales éstas solamente se refieren a los cónyuges.

CAPITULO V: LEGISLACIÓN COMPARADA

En el presente capítulo se estudiarán los ordenamientos de distintos países que, al igual que Bolivia, han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Resulta pertinente para esta investigación, analizar y comparar la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo dentro de otros países, para determinar las semejanzas y similitudes entre estos y la legislación boliviana, de tal manera que se profundice el conocimiento de la protección de estos derechos.

Las legislaciones estudiadas corresponden a los países de Costa Rica, Colombia y Chile, ya que estos fueron objeto de estudio dentro de las sentencias y opiniones consultivas mencionadas anteriormente, por lo cual resulta pertinente estudiar su legislación actual respecto a los derechos de las parejas del mismo sexo.

Costa Rica

En la Constitución Política de la República de Costa Rica se encuentra garantizado el derecho a vivir libre de discriminación, este se relaciona con la garantía suprema de igualdad. Dicha protección se encuentra en el artículo 33 que sostiene: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.”¹¹² Según la Sala Constitucional el principio de igualdad es “un principio rector de nuestra democracia constitucional y permea todo el sistema político y jurídico, no sólo en su dimensión subjetiva, sino objetiva. En consecuencia, ninguna política ni norma puede abstraerse de cumplir con este principio básico”¹¹³.

En Costa Rica no existen normas específicas que sancionen la discriminación y la violencia por orientación sexual y orientación de género, resulta imposible determinar la cantidad de casos que se denuncia por estos motivos. Al no existir tipos penales particulares para las situaciones de violencia y discriminación por

¹¹² Constitución Política de la República De Costa Rica

¹¹³ Sala Constitucional Resolución 1966-122 de 17 de Febrero del 2012

orientación sexual e identidad de género, estos hechos son denunciados dentro de los tipos penales genéricos relativos a las lesiones, tentativa de homicidio, entre otros.

Respecto a la discriminación en el ámbito laboral, el Código de Trabajo con la Reforma Procesal Laboral Ley No. 9343 del 25 de enero de 2016, se modifica el artículo 404 para ampliar las categorías de protección ante la discriminación. No obstante, antes de la Reforma Procesal Laboral las formas de discriminación establecidas no abarcaban la orientación sexual y la identidad de género, con dicha modificación el artículo 404 indica: “Se prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación¹¹⁴”.

Respecto al derecho de formar una familia, de la legislación de Costa Rica podemos destacar la adopción. Ya que las parejas del mismo sexo no pueden adoptar juntos como sí pueden hacerlo las parejas heterosexuales, sino de manera individual, es decir, sólo uno podría adoptar como persona particular, ya que la orientación sexual no es un impedimento para acceder a una adopción, y no ambos conjuntamente. Esto genera situaciones como que los apellidos de la persona adoptada, sean únicamente los de la persona que realizó el trámite¹¹⁵.

En el Código Civil costarricense, al respecto de las reglas de sucesión intestada, se señala que “El conviviente en unión de hecho sólo tendrá derecho cuando dicha unión se haya constituido entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, y se haya mantenido una relación pública, singular y estable durante tres años, al menos, respecto de los bienes

¹¹⁴ Artículo 404 del Código de Trabajo de Costa Rica

¹¹⁵ Diario Extra. (2018) Fallo de Corte IDH agiliza adopción en parejas del mismo sexo.

adquiridos durante dicha unión¹¹⁶. Por lo que al no estar reconocidas las parejas del mismo sexo dentro de la ley, estas no pueden acceder a la sucesión intestada.

Por otra parte, el Ministerio de Vivienda y Asentamientos Urbanos, en fecha 21 de diciembre de 2018 dirigió una directriz al Banco Hipotecario de la Vivienda (BANHVI), referida al acceso de bonos familiares de vivienda a parejas del mismo sexo.

El Objeto de la directriz es “habilitar a las parejas del mismo sexo el acceso, en igualdad de condiciones, a bonos familiares de vivienda y programas de crédito del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda”¹¹⁷. Así como también instruir al BANHVI para que, al momento en que se formalicen las operaciones de bono familiar de vivienda mediante escritura pública, adopte las medidas correspondientes para proteger los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo.

Una de las medidas normativas que más relevancia ha revestido, llevada a cabo mediante el Decreto Ejecutivo N°38999, es la que se menciona en el artículo 5 párrafos segundo y tercero, donde se erige la obligación de las instituciones de reformar las normativas internas de tal modo que promuevan los Derechos Humanos y se garantice la igualdad de las personas sexualmente diversas, reformas que incluyen la definición de compañero o compañera para la pareja que habita en el mismo techo y el otorgamiento de licencias en caso de enfermedad grave o fallecimiento de esta persona¹¹⁸.

Respecto a las pensiones por muerte, el 12 de abril del 2018, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, emitió la directriz N° MTSS-DMT-DR-5-2018 para

116 Código Civil de la República de Costa Rica, Ley No. 5476 de 19 de abril de 1885, rige a partir del 01 de enero de 1888 según artículo 1 de la Ley 63 dictada por el Congreso Constitucional de la República de Costa Rica de 28 de septiembre de 1887

117 Directriz del Ministerio De Vivienda Y Asentamientos Humanos, Acceso a Bonos Familiares de Vivienda a parejas del mismo sexo N° 038-MIVAH-MP 21 de diciembre de 2018

118 Poder Ejecutivo, “Decreto N°38999 Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI: 15 de mayo, 2015”. La Gaceta No. 93 (15 de may,2015). SINALEVI (consultado 6 de mayo, 2018).

incorporar el beneficio de pensión por muerte a parejas del mismo sexo que cuenten con el Régimen Transitorio de Reparto del Magisterio Nacional¹¹⁹. En lo concerniente a los seguros de salud, desde octubre de 2014, luego de una reforma al Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS)¹²⁰ mediante el Acuerdo N° 8744 del 9 de octubre, se permite, por primera vez en el país, el acceso al seguro social de parejas del mismo sexo por beneficio familiar.

La Constitución Política costarricense consagra el matrimonio como la base de la familia, base que debe descansar sobre el derecho a la igualdad entre los cónyuges, esta no señala limitaciones ni exclusiones a la figura del matrimonio, por lo que, constitucionalmente no existe ningún impedimento para el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, en la ley costarricense existe una prohibición al matrimonio entre personas del mismo sexo establecida en el artículo 14 del Código de Familia que entre las categorías de matrimonios legalmente imposibles establece el que se realice entre personas del mismo sexo.

Por otra parte se puede reconocer la unión de hecho entre personas del mismo sexo y por ende sus consecuencias, ya que el artículo 242 del Código de Familia establece: “La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa”¹²¹.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, el matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica será legal a partir del 26 de mayo de 2020. Fue reconocido a raíz de una resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República el 8 de agosto de 2018, mediante la cual se resolvieron dos acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra

¹¹⁹ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, “Directriz N° MTSS-DMT-DR-5-2018: 12 de abril, 2018”.

¹²⁰ Caja Costarricense del Seguro Social, “Acuerdo N°8744: 9 de octubre, 2014

¹²¹ Ley N° 5.476. Código de Familia

normativa del Código de Familia que explícitamente prohibía las uniones entre personas del mismo sexo.

Para esa sentencia, la Sala Constitucional adoptó lo señalado por la Corte IDH en su Opinión Consultiva 24/17, en la que señaló que los Estados miembros del Pacto de San Jose debían garantizar el acceso de las parejas homosexuales a las figuras ya existentes, incluyendo el matrimonio.¹²² La Sala dio un plazo de 18 meses, contados a partir de la publicación de la sentencia, para la entrada en vigencia de la inconstitucionalidad de las normas y urgió a la Asamblea Legislativa a modificar las leyes acordemente al fallo emitido. En cualquier caso, tal resolución será efectiva a partir del 26 de mayo de 2020 como máximo¹²³.

Consecuentemente, la Dirección General de Migración y Extranjería, promulgó reglamento especial y transitorio, para recibir solicitudes de estatus legal a parejas del mismo sexo en los casos en los que se compruebe la existencia de una unión reconocida en el extranjero como matrimonio que así lo permite la legislación del país donde se efectuó, Cuando se compruebe la unión de hecho o cualquier figura civil entre personas del mismo sexo que hayan sido legalmente reconocidas en el extranjero por así permitirlo el país donde se realizó el reconocimiento¹²⁴.

Gracias a este decreto, cualquier pareja del mismo sexo que tenga reconocida su unión de hecho o un vínculo matrimonial en un país extranjero, puede aplicar por una categoría especial o residencia en calidad de dependiente.

Colombia

En la Constitución Política de Colombia se encuentra protegido en el artículo 13 que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma

¹²² Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017

¹²³ Sentencia N°2018-12782 del 08 de agosto de 2018, Sala Constitucional Costa Rica

¹²⁴ Decretos 41329-MGP, Reglamento para el Reconocimiento de Derechos Migratorios A Parejas del Mismo Sexo, 18 de enero 2019. Diario oficial la Gaceta.

protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados¹²⁵. Asimismo, indica que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

En Colombia, según el artículo 58 del Código Penal, en el que señala las circunstancias de mayor punibilidad que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima¹²⁶. Lo cual implica que cometer un delito con móviles discriminatorias, entre otros aspectos, por la orientación sexual es un agravante de la pena.

El derecho a formar una familia para las parejas del mismo sexo fue reconocido por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-683/2015 del 04 de noviembre de 2015, en la cual determinó que las parejas del mismo sexo pueden adoptar de la misma manera que pueden hacerlo las heterosexuales, ya que no permitirlo, vulnera además del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, el derecho de los menores a tener una familia.

Para la Corte Constitucional, restringir la adopción a las parejas del mismo sexo de manera general no tiene fundamento constitucional; de tal forma que todas las personas, independientemente de su orientación sexual o identidad de género, pueden postularse como adoptantes. Esto, siempre y cuando se tenga en cuenta el interés superior del niño, se examine la idoneidad de cada individuo y de cada potencial familia adoptante, de tal forma que esta brinde la

¹²⁵ Constitución Política de Colombia

¹²⁶ Código Penal de Colombia

estabilidad socioeconómica y un ambiente de respeto, amor y bienestar para el menor¹²⁷.

El 7 de febrero de 2007 la Corte Constitucional en la Sentencia C-075 consideraba que la exclusión de estas parejas de los beneficios patrimoniales de la unión marital era una violación de los derechos humanos fundamentales¹²⁸. Insistió que la ley era inconstitucional porque imponía la heterosexualidad como condición para acceder a esos beneficios. Esta sentencia dio a las parejas del mismo sexo la posibilidad de crear una comunidad de bienes igual que las parejas heterosexuales. Además, la Corte argumentó que la ley que limitaba estos efectos de la cohabitación a las parejas de hombres y mujeres imponía limitaciones contrarias a "los postulados constitucionales de respeto a la dignidad humana, deber de protección del Estado a todas las personas en igualdad de condiciones y el derecho fundamental de libre desarrollo de la personalidad"¹²⁹.

Desde esta sentencia la Corte ha adoptado otra serie de decisiones que consolidan la igualdad de las parejas homosexuales. En los años que siguieron extendió la igualdad a otras situaciones, por ejemplo, el derecho de las parejas del mismo sexo a afiliarse al seguro obligatorio de salud y el reconocimiento de pensión de sobreviviente al compañero supérstite. Para la Corte, la no inclusión de estas parejas al Sistema de Seguridad Social en Salud, trae consigo un perjuicio mayor al de la exclusión del régimen patrimonial, y agrega que: "En conclusión, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual se vincule como beneficiario de otro al sistema general del régimen contributivo configura un déficit de protección del sistema de salud que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión

¹²⁷ Sentencia C-638/2015 del 04 de noviembre de 2015, Corte Constitucional de Colombia

¹²⁸ Sentencia 075/2007, 07 de febrero de 2007, Corte Constitucional de Colombia.

¹²⁹ Ibidem

opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar una pareja”¹³⁰.

La Corte Constitucional, siguió la misma línea jurisprudencial cuando el 28 de enero de 2009 en la Sentencia C-029/2009 determinó cambios puntuales que homologan los derechos de las parejas del mismo sexo a los de las heterosexuales. A partir de esta Sentencia, se ordenaron cambios a los códigos Civil, Penal y Disciplinario para evitar discriminación o la vulneración de los derechos básicos de las personas con distintas orientaciones sexuales.

Algunas de las consideraciones de la Corte Constitucional que son relevantes para esta investigación, son por ejemplo; los miembros de la Fuerza Pública podrán exigir que sus parejas homosexuales sean atendidas por los servicios de salud y protección social del Ministerio de Defensa.

En materia penal, los homosexuales tendrán el derecho a no ser obligadas a declarar contra su pareja, beneficio que hasta ahora estaba reservado para las uniones heterosexuales. Así como también les aplicarán los agravantes penales contemplados para los casos de violencia intrafamiliar.

También podrán declararse beneficiarios del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT). En todos los casos, debe haber un reconocimiento legal a través de las notarías.

En materia civil, las parejas de un mismo sexo podrán adquirir vivienda y protegerla como patrimonio familiar inembargable. Los integrantes de la pareja, incluso, podrían ser demandados por alimentos, según determinó la Corte Constitucional.

Además, si la pareja es extranjera podrá reclamar nacionalidad colombiana en las mismas condiciones de una unión heterosexual¹³¹.

¹³⁰ Sentencia C-811/2007, 03 de octubre de 2007, Corte Constitucional de Colombia

¹³¹ Sentencia C-029/2009 de 28 de enero de 2009, Corte Constitucional de Colombia

Con relación al matrimonio y el reconocimiento de las parejas de hecho o uniones libres, en la sentencia C-577/2011 del 26 de julio de 2011 la corte declara que las parejas homosexuales tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales en unión libre, y otorga a al Congreso un plazo de 2 años para legislar sobre el tema (20 de junio de 2013).

Posterior a esto, el Congreso no legisló como le había encomendado la Corte Constitucional, lo que provocó que una vez transcurridos los dos años, algunas parejas formularon acciones de tutela contra los notarios que se negaron a tramitar las solicitudes de matrimonio y contra los que acudieron a figuras contractuales discriminatorias no previstas en la ley¹³².

Luego, el 28 de abril de 2016 la Corte Constitucional emitió la sentencia la Sentencia 214/2016, en donde declara que todos los matrimonios entre parejas del mismo sexo, celebrados con posterioridad al 20 de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica, y que los jueces que hasta ese momento los hayan celebrado habían actuado de acuerdo a la Constitución¹³³.

En consecuencia a todo lo antes mencionado, y a partir de la Sentencia 214/2016, las parejas del mismo sexo que deseen casarse por lo civil, lo pueden hacer en Notarías y Juzgados sin ningún tipo de discriminación ni rechazo, con las mismas formalidades y requisitos que un matrimonio heterosexual. Asimismo, estas parejas son consideradas familias y como tal, tienen todos los derechos establecidos en las legislación colombiana para la familia.

Chile

En Chile, la Ley Antidiscriminación No. 20.609, también conocida como la “Ley Zamudio” establece medidas contra la discriminación, incluye entre sus categorías protegidas a la orientación sexual y la identidad de género.

¹³² www.colombiadiversa.org

¹³³ Sentencia 214/2016, 28 de abril de 2016, Corte Constitucional de Colombia

La ley antidiscriminación o ley Zamudio tiene por propósito, según se consagra en su artículo primero, “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”¹³⁴. Esto se conecta directamente con el Art. 19 de la Constitución Política de la República de Chile, el que consagra el principio y derecho fundamental de igualdad ante la ley, el que en su inciso segundo dispone que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”¹³⁵. Por ello, la ley antidiscriminación es constitucional, al castigar las discriminaciones arbitrarias y permitir las discriminaciones no arbitrarias y justificadas.

Asimismo, el artículo 17 de la mencionada ley, tipifica los delitos de odio modificando el Código Penal, agregando una nueva agravante de la pena al cometer delitos, incluyendo a la orientación sexual entre estos. El artículo 12 del Código Penal, establece en su numeral 21 lo siguiente:

«Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca»¹³⁶.

Si bien el matrimonio entre personas del mismo sexo no está reconocido según la legislación chilena, el Acuerdo de Unión Civil (AUC) fue establecido por la ley Nº 20.830 del 13 de abril de 2015, que entró en vigencia en octubre del año 2015. Que está definido por esta norma como “un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar”, sean de igual o distinto sexo.¹³⁷ Por medio de la celebración de este acuerdo se adquiere el estado civil de conviviente civil y una serie de derechos y obligaciones a quienes lo contraen. Es el contrato que pueden celebrar las parejas que hacen una vida común, a través del cual

¹³⁴ Ley 20.609, 24 de julio de 2012

¹³⁵ Constitución Política de la República de Chile

¹³⁶ Ley 20.609, 24 de julio de 2012

¹³⁷ Ley 20.830 de 13 de abril de 2015

se regulan diversos aspectos familiares, patrimoniales y de derechos de salud, laborales y previsionales de su relación.

En efecto de derechos laborales, el conviviente civil tiene los mismos derechos que un cónyuge del mismo sexo, como por ejemplo es beneficiario de la pensión de sobrevivencia, tiene permisos en caso de fallecimiento del otro miembro de la pareja civil, tiene derecho a recibir la última remuneración y el desahucio del conviviente fallecido¹³⁸.

Otro aspecto a resaltar son los derechos sucesorios que resultan de la celebración del AUC, que según la ley 20.830, artículo 16 menciona; “Cada conviviente civil será heredero intestado y legitimario del otro y concurrirá en su sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente.”¹³⁹ Respecto a la comunidad ganancial, los convivientes civiles pueden decidir al momento de celebrar el pacto de manera expresa la conformación de una comunidad o la separación de bienes.

Concerniente al derecho de formar una familia, la Ley de Adopción, vigente desde 1999, establece que personas solteras pueden adoptar, independiente de la orientación sexual¹⁴⁰. El estado civil de «conviviente civil» no está contemplado en la actual ley. Las personas LGBTI pueden postular al proceso de adopción de un menor como solteros, sin impedimento de tener una pareja del mismo sexo. Sin embargo, si el solicitante y su pareja son declarados idóneos para adoptar, legalmente sólo uno de ellos será el padre o madre del menor.

Conclusiones del capítulo

Dentro de las legislaciones estudiadas se puede evidenciar que en la Constitución Política de estos países, se encuentra reconocido el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos.

¹³⁸ *Ibíd*em

¹³⁹ *Ibíd*em

¹⁴⁰ Ley 19.620, 26 de julio de 1999

En consecuencia a esto, en países como Colombia y Costa Rica (que entrará en vigencia en el año 2020), se reconoce el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo sin diferencias entre estas y las relaciones heterosexuales. Sin embargo, en legislaciones como la de Bolivia y Chile aún no se encuentran reconocido el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo al igual que el matrimonio entre personas heterosexuales. No obstante, en Chile existe una figura jurídica llamada “Acuerdo de Unión Civil”, el cual se asemeja a un matrimonio, permitiendo que las parejas del mismo sexo tengan protección del Estado en diversos aspectos, como ser; familiares, patrimoniales y de derechos de salud, laborales y previsionales de su relación. Esto en contraposición a Bolivia, quien no cuenta con ninguna forma de reconocimiento de las parejas del mismo sexo, mediante la institución del matrimonio, unión de hecho o de una unión civil como es el caso de Chile.

Lo anterior se desencadena en la desprotección de muchos aspectos de la vida de las parejas del mismo sexo, como por ejemplo los efectos patrimoniales que tienen las uniones, las sucesiones, los derechos laborales y de seguridad social, seguros de salud, entre otros. Ya que en países donde estas parejas tienen reconocidos jurídicamente sus derechos, todo lo antes mencionado se encuentra protegido y regulado por el Estado, ya sea mediante matrimonio o unión civil. Al contrario de legislaciones como la boliviana, ninguno de estos derechos se encuentra protegido.

Al respecto del derecho a formar una familia, en Colombia y Costa Rica (que entrará en vigencia en el año 2020) las parejas del mismo sexo tienen el derecho de adoptar y formar una familia, al igual que tienen la capacidad de hacerlo las parejas heterosexuales, esto contrario a legislaciones como la chilena y boliviana, donde si bien no es requisito el ser heterosexual para acceder a la adopción, esto se puede hacerlo como persona soltera o persona particular y no como pareja.

A continuación para sintetizar la comparación entre las legislaciones, se puede observar el siguiente cuadro en el que se detallan puntualmente los derechos de parejas del mismo sexo, estudiados en el presente trabajo de investigación:

País	Costa Rica	Colombia	Chile	Bolivia
Derecho a la igualdad y no discriminación	Reconocido	Reconocido	Reconocido	Reconocido
Derecho a formar una familia (adopción)	Reconocido (a partir de mayo del 2020)	Reconocido	No reconocido	No reconocido
Derechos de impuestos, herencia, propiedad, sucesiones	Reconocido (a partir de mayo del 2020)	Reconocido	Reconocido	No reconocido
Derechos patrimoniales, seguridad social y a otras medidas de protección social	Reconocido (a partir de mayo del 2020)	Reconocido	Reconocido	No reconocido
Derecho al matrimonio	Reconocido (a partir de mayo del 2020)	Reconocido	No reconocido (únicamente el Acuerdo de Unión Civil)	No reconocido

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- A partir de los datos presentados a lo largo de la investigación y habiendo analizado a profundidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la legislación boliviana y la legislación comparada, se llega a las siguientes conclusiones:
- La CADH es la norma básica del SIDH, dentro de este Sistema, la Corte IDH es la intérprete por excelencia de la CADH, emitiendo fallos interpretándola, creando jurisprudencia acerca de derechos humanos.
- La CPE reconoce expresamente en el bloque de constitucionalidad a los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, asimismo el TCP, a través de la SC 110/2010 y en virtud a la incorporación de la CADH como parte del bloque de constitucionalidad, incluye la jurisprudencia de la CIDH, lo que implica que los fallos de ésta, al igual que otros tratados de la materia, son de aplicación directa al ordenamiento jurídico interno.
- La Corte IDH ha fallado en las sentencias y opiniones consultivas estudiadas a favor de los derechos de las parejas del mismo sexo, interpretando de forma inclusiva los derechos humanos protegidos en la CADH, señalando expresamente los derechos de la comunidad LGBT que son protegidos por la CADH y dando directrices a los países acerca de cómo deberían adecuar su legislación para que éstas estén acordes a lo establecido en la CADH.
- La legislación de Bolivia no reconoce los derechos de las personas del mismo sexo de la manera en la que la Corte IDH interpreta los alcances de la CADH, si bien en Bolivia se reconoce la igualdad entre todos los ciudadanos y se han creado leyes en búsqueda de luchar contra la discriminación, incluyendo expresamente a la orientación sexual entre las categorías protegidas, además de penalizar la discriminación por motivos de orientación sexual, no se ha logrado la igualdad de derechos. Lo anterior se debe a que en Bolivia una pareja de personas del mismo sexo, a pesar de los años de convivencia que lleven o de los proyectos

de vida en común que tengan, no gozan de ningún reconocimiento de sus derechos, lo que se traduce en una constante vulneración de los derechos patrimoniales, a acceder a seguros de salud, laborales, sucesiones, entre otros antes mencionados.

- La CPE en el artículo 63 reconoce únicamente a los matrimonios y uniones de hecho a parejas heterosexuales, lo que se significa que para incluir a las parejas del mismo sexo se debería hacer una modificación parcial de la misma, o de lo contrario, legislar creando una institución jurídica que proteja los derechos de las parejas del mismo sexo pero que esta no sea bajo la institución jurídica de matrimonio o unión de hecho. Esta nueva institución protegería a éstas parejas pero sería contraria a lo establecido en la Opinión Consultiva 24/17, que indica que los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.
- Dentro de las legislaciones estudiadas se puede evidenciar que en otros países que al igual que Bolivia han ratificado la CADH, las parejas del mismo sexo son protegidas legalmente y sus derechos están consagrados en las leyes, creando así sociedades más justas e inclusivas.

Considerando que Bolivia ratificó la CADH reconociendo la competencia de la Corte IDH quien interpreta los alcances de la misma. Asimismo, al ser la CADH un Tratado Internacional en materia de Derechos Humanos es reconocido según la CPE como parte del bloque de constitucionalidad, sin embargo la legislación boliviana es contraria a las interpretaciones de la Corte IDH respecto a que derechos protege la CADH respecto a las parejas del mismo sexo por lo que la respuesta a la hipótesis planteada es negativa, ya que Bolivia no reconoce los derechos de las parejas del mismo sexo.

Por lo anteriormente expuesto, se puede llegar a la conclusión de que al no estar reconocidos los derechos de éstas parejas en Bolivia, ante una eventual demanda ante la Corte IDH, considerando la línea jurisprudencial que ha seguido en relación a éstos derechos, es previsible que la Corte IDH declare responsable internacionalmente a Bolivia por la vulneración de los derechos de estas personas.

Por lo anteriormente expuesto, se recomienda que los legisladores bolivianos analicen la jurisprudencia de la Corte IDH para adecuar la normativa boliviana a la misma, esto con el fin de que en Bolivia se protejan los derechos humanos reconocidos por la CADH para que exista protección de los derechos de las parejas del mismo sexo y de esta manera construir una sociedad más inclusiva e igualitaria.

BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de Panamá. Colectivo de autores. Enciclopedia de Historia Militar de Cuba (1510-1868). Centro de Información para la Defensa, MINFAR.
- CONVENCION SOBRE LOS DEBERES Y DERECHOS DE LOS ESTADOS EN CASO DE LUCHAS CIVILES. Suscrita en La Habana, el 20 de febrero de 1928, en la Sexta Conferencia Internacional Americana.
- TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACIFICAS "PACTO DE BOGOTÁ" Suscrito en Bogotá el 30 de abril de 1948
- RICHARTE, Darío; OSSIETINSKY, Paula; VÁZQUEZ, Paula, Manual Práctico de Derechos Humanos y Derecho Constitucional, Editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- MEDINA, Cecilia y Claudio Nash. Sistema interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus 61 mecanismos de protección. Chile. Centro de Derechos Humanos. 2007.
- Organización de Estados Americanos.
- OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales, Editorial Heliasta, 1997.
- RUDA, Jose María, Derecho Internacional Público. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996.
- ORTIZ AHLF, Loretta, Derecho Internacional Público, Editorial Harla, México D.F., 1993.
- SALINAS, José María, Moderno Tratado de Derecho Internacional Público, Fundación Universitaria "Simón I. Patiño", La Paz, Bolivia, 2005.
- GENY, Francisco. Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Postivo. Madrid. Año 1902.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
- ARRIOJA Vizcaíno Adolfo. Derecho Fiscal, Décima Octava Edición, Editorial Themis.
- DIEZ de Velazco. Instituciones del Derecho Internacional Público, Tomo I, Novena Edición. Editorial Tecnos, S.A, Madrid, 1991.

- BARBERIS, Julio, Formación del Derecho Internacional, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1994.
- BENADAVA, Santiago, Derecho Internacional Público, 4ª Ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- GONZÁLEZ CAMPOS J, Sánchez Rodríguez L, Sáenz de Santa María P. Curso de Derecho Internacional Público, Sexta Edición, Editorial Civitas S.A, España, 1998.
- PUENTE EGIDO J. Lecciones de Derecho Internacional Público. Vol. I, editorial Dykinson S.L, Madrid, 1992.
- BROWNLIE, Ian, op. cit., p. 6, D'Amato, Anthony.
- TRUYOL y Serra, Antonio, Fundamentos de derecho internacional público, 3ra. Ed., Madrid, Tecnos, 1970.
- Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, artículo 38, 1920.
- BUERGENTHAL, Thomas, Gros Espiell, Héctor, Manual de derecho internacional público, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- CASSESE, Antonio, Los derechos humanos en el mundo contemporáneo, 1993.
- LÓPEZ-BASSOLS, Hermilo, Los nuevos desarrollos del derecho internacional público, México, Porrúa, 2008 p. 63
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 1993, Declaración y Programa de Acción de Viena.
- OSSORIO, Manuel, Diccionario
- RODRIGUEZ CARRIÓN, A., Lecciones de Derecho Internacional Público, Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos también llamada Pacto de San José de Costa Rica
- TRAVIESO, Juan Antonio, Derechos Humanos: Fuentes e Instrumentos Internacionales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- Opinión Consultiva OC/13 Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N 28/92, Argentina. OEA, SER.L.V.II.82, Washington D.C., 24 de octubre de 1992.
- Caso Godínez Cruz, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987
- Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de indemnización compensatoria de 21 de julio de 1989.
- Caso Aloeboetoe y otros, reparaciones, sentencia de 10 de diciembre de 1993
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El sistema americano de protección de los derechos humanos", Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia en su SC 1662/2003 de 17 de noviembre de 2003
- Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos. Sexualidad y Derechos Humanos. Suiza, Consejo 1 Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2010.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, oficina regional América del sur. Orientación sexual e 7 identidad de género en el derecho internacional de los Derechos Humanos. Chile. Oficina regional América del sur. 2013
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Cançado, Antônio. La interdependencia de todos los 11 derechos humanos. Obstáculos y desafíos en la implementación de los Derechos Humanos. Costa Rica.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de 4 género: algunos términos y estándares relevantes
- Sentencia Constitucional de Colombia de 71 de febrero 18 de 2015
- Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Colombia
- Ley 54 de 28 de diciembre de 1990, Colombia
- BAYA, Camargo Monica, Nogales López Janeth, Zárate Quezada Carlos. Derechos Humanos de la población LGBTI, Normativa, jurisprudencia y

recomendaciones Es una publicación del Observatorio de los Derechos LGBT en coordinación con el Observatorio de Género del Órgano Judicial y la Escuela de Jueces. Bolivia, La Paz, noviembre de 2017.

- Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Caso Atalá Riffo vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Opinión Consultiva OC- 24/17 de 24 de noviembre de 2017, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Caso Flor Freire Vs. Ecuador, sentencia de 31 de agosto de 2016, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Caso Tyrer v. Reino Unido, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978
- Principios de Yogyakarta, marzo 2007
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, 31 de mayo de 2004
- Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de 27 de enero de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998.
- Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-214/16
- Corte Constitucional de Sudáfrica. Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another , Sentencia de 1 de diciembre de 2005.
- BAYA, Camargo Monica, Nogales López Janeth, Zárata Quezada Carlos. DERECHOS HUMANOS DE LA POBLACIÓN LGBTI, Normativa, jurisprudencia y recomendaciones Es una publicación del Observatorio de los Derechos LGBT en coordinación con el Observatorio de Género del Órgano Judicial y la Escuela de Jueces. Bolivia, La Paz, noviembre de 2017.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia
- Ley Contra el Racismo y toda forma de Discriminación No. 045, Bolivia
- Ley Integral Para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, N° 348 de 9 de marzo de 2013, Bolivia
- Ley No. 548; Código Niña, Niño y Adolescente, Bolivia
- Ley de identidad de género, n° 807 de 21 de mayo de 2016, Bolivia
- Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017 Sucre, 9 de noviembre de 2017, Bolivia
- Código de Las Familias, Ley No. 603 de 19 de noviembre de 2014, Bolivia
- Código de Seguridad Social, 14 de diciembre de 1956, Bolivia
- Decreto Supremo 1212 de 1 de mayo de 2012, Bolivia
- Constitución Política de la República De Costa Rica
- Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución 1966-122 de 17 de Febrero del 2012
- Código de Trabajo de Costa Rica
- Diario Extra. (2018) Fallo de Corte IDH agiliza adopción en parejas del mismo sexo, Costa Rica
- Código Civil de la República de Costa Rica, Ley No. 5476 de 19 de abril de 1885, rige a partir del 01 de enero de 1888 según artículo 1 de la Ley 63 dictada por el Congreso Constitucional de la República de Costa Rica de 28 de septiembre de 1887

- Directriz del Ministerio De Vivienda Y Asentamientos Humanos, Acceso a Bonos Familiares de Vivienda a parejas del mismo sexo N° 038-MIVAH-MP 21 de diciembre de 2018
- Decreto N°38999 Política del Poder Ejecutivo, 15 de mayo, 2015, Costa Rica.
- Directriz N° MTSS-DMT-DR-5-2018 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 12 de abril, 2018, Costa Rica
- Acuerdo N°8744: 9 de octubre de 2014, Caja Costarricense del Seguro Social, Costa Rica
- Ley N° 5.476. Código de Familia, Costa Rica
- Sentencia N°2018-12782 del 08 de agosto de 2018, Sala Constitucional Costa Rica
- Decretos 41329-MGP, Reglamento para el Reconocimiento de Derechos Migratorios A Parejas del Mismo Sexo, 18 de enero 2019, Costa Rica
- Constitución Política de Colombia
- Código Penal de Colombia
- Sentencia C-638/2015 del 04 de noviembre de 2015, Corte Constitucional de Colombia
- Sentencia 075/2007, 07 de febrero de 2007, Corte Constitucional de Colombia
- Sentencia C-811/2007, 03 de octubre de 2007, Corte Constitucional de Colombia
- Sentencia C-029/2009 de 28 de enero de 2009, Corte Constitucional de Colombia
- www.colombiadiversa.org
- Sentencia 214/2016, 28 de abril de 2016, Corte Constitucional de Colombia
- Ley 20.609, 24 de julio de 2012, Chile
- Constitución Política de la República de Chile
- Ley 20.609, 24 de julio de 2012, Chile
- Ley 20.830 de 13 de abril de 2015, Chile
- Ley 19.620, 26 de julio de 1999, Chile