

LA PROTECCIÓN JURÍDICA PAREJAS DEL MISMO SEXO: SU FUNDAMENTO EN LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA BOLIVIANA DE 2009

Proteção jurídica a casais
homoafetivos: seu fundamento
na constituição democrática
boliviana de 2009

Legal protection for same-sex
couples: its foundation in the Bolivian
democratic constitution of 2009

**María Elena
Attard Bellido**

Magister en Derecho
Constitucional y Procesal
Constitucional, Universidad
Andina Simón Bolívar,
Bolivia. Docente e
investigadora en la
Universidad Mayor de San
Andrés, Universidad Mayor
de San Simón, Universidad
Mayor, Real y Pontificia de
San Francisco Xavier de
Chuquisaca, Universidad
Tomás Frías, Universidad
Juan Misael Saracho,
Universidad Siglo XX,
Bolivia. Abogada.
malena_ab@hotmail.com

**Patricia Serrudo
Santelices**

Magister en Derecho
Constitucional. Docente de
posgrado en las asignaturas
de derecho constitucional,

RESUMEN

La Constitución boliviana de 2009 que enarbola un constitucionalismo democrático en el ámbito latinoamericano, introduce mecanismos eficaces para la protección de los derechos de las minorías: Las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos y el ejercicio del control de convencionalidad. Estas pautas emergen de un poder constituyente democrático respetuoso de la evolución de los derechos fundamentales, por ello se constituyen en mandato de obligado cumplimiento por parte de los servidores y autoridades públicas que forman parte de los órganos cons-

derecho procesal constitucional y derechos humanos, Bolivia. Investigadora y consultora en Derechos Humanos y Derecho Público, Bolivia. Abogada

Recebido: agosto 13, 2019

Aceito: maio 29, 2020

tituidos, entre ellos, el Tribunal Constitucional Plurinacional. A partir de estas pautas de interpretación, los derechos de las parejas del mismo sexo, encuentran cobijo y protección en el ordenamiento jurídico boliviano, en este marco, debe brindarse al art. 63 de la Constitución un sentido conforme al bloque de constitucionalidad, por lo que, en ejercicio del control de convencionalidad, las autoridades judiciales deben aplicar de manera directa y preferente la Opinión Consultiva 24/17 emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y; por tanto, en el ámbito interno debe brindarse protección jurídica igualitaria a parejas del mismo sexo.

Palabras clave: Poder Constituyente; Constitución Democrática; Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano; Control de Convencionalidad; Pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos; Protección jurídica a parejas del mismo sexo.

Resumo

A Constituição da Bolívia de 2009, que apoia o constitucionalismo democrático na esfera latino-americana, introduz mecanismos efetivos para a proteção dos direitos das minorias: as diretrizes constitucionalizadas para a interpretação dos direitos e o exercício do controle da convencionalidade. Essas diretrizes emergem de um poder constituinte democrático e respeitam a evolução dos direitos fundamentais; portanto, têm o mandato de serem cumpridas pelos servidores públicos e autoridades que fazem parte dos órgãos constituídos, entre eles o Tribunal Constitucional Plurinacional. Com base nessas diretrizes de interpretação, os direitos dos casais homoafetivos encontram abrigo e proteção no sistema jurídico boliviano. Neste marco, o art. 63 da Constituição deve ser interpretado conforme o bloco de constitucionalidade, de modo que, no exercício do controle convencional, as autoridades judiciais apliquem direta e preferencialmente a Opinião Consultiva 24/17 emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; portanto, uma proteção legal igualitária deve ser fornecida no âmbito interno aos casais homoafetivos.

Palavras-chave: Poder constituinte; Constituição democrática; Novo constitucionalismo latino-americano; Controle de convencionalidade; Diretrizes constitucionalizadas para a interpretação dos direitos; Proteção legal a casais homoafetivos.

Abstract

The Bolivian Constitution of 2009, which supports a democratic constitutionalism in the Latin American sphere, introduces effective mechanisms for the protection of minority rights: Constitutionalized guidelines for the interpretation of rights and the exercise of control of conventionality. These guidelines emerge from a democratic constituent power respectful of the evolution of fundamental rights, for this reason they are mandated to be complied with by the public servants and authorities that are part of the constituted bodies, among them, the Plurinational Constitutional Court. Based on these guidelines for interpretation, the rights of same-sex couples find shelter and protection in the Bolivian legal system. In this framework, art. 63 of the Constitution makes sense in accordance with the constitutional block, so that,

in exercising conventional control, the judicial authorities must directly and preferentially apply Advisory Opinion 24/17 issued by the Inter-American Court of Human Rights, and; therefore, equal legal protection must be provided internally to same-sex couples.

Keywords: Constituent Power; Democratic Constitution; New Latin American Constitutionalism; Control of Conventionality; Constitutionalized guidelines for the interpretation of rights; Legal protection for Same-sex couples.

REFLEXIONES PREVIAS

Los derechos se desarrollan en el marco de avances y retrocesos constantes, en este escenario, la pregunta que debe plantearse es si los procesos constituyentes sustentados en el constitucionalismo democrático que será expuesto en este trabajo, resguardan los avances en derechos para evitar regresiones lesivas a estos. Esta pregunta tiene aún mayor relevancia si se considera la temática de la protección jurídica a parejas del mismo sexo, ya que tal como se demostrará, este es un sector históricamente discriminado que merece una protección reforzada de los Estados en el marco de la garantía de igualdad material que plasma el ideal axiológico de toda Constitución democrática enmarcada a derechos fundamentales.

Por lo expresado, en este trabajo, se argumentará sobre los fundamentos constitucionales consagrados en la Constitución democrática de 2009 que sustentan la protección jurídica a parejas del mismo sexo en el marco de su progresividad en el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos, en ese contexto, se precisará que si bien el art. 63 de la Constitución, bajo una lectura literal, brinda una protección jurídica al matrimonio y la unión libre a parejas heterosexuales¹, no es menos cierto, que en mérito a las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, las parejas del mismo sexo también merecen protección jurídica igualitaria por mandato de la propia Constitución democrática boliviana

¹ El artículo 63 de la Constitución reza: “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”. Esta disposición constitucional establece también: “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 aquellas (CONSTITUCIÓN BOLIVIANA, 2009).

de 2009, para lo cual, una herramienta eficaz y legitimizada por el poder constituyente es el control de convencionalidad.

En efecto, para lograr esta protección eficaz, en ejercicio del control de convencionalidad, las autoridades judiciales en el Estado Plurinacional de Bolivia, deberán garantizar una protección jurídica eficaz a parejas del mismo sexo de acuerdo a su avance y progresividad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, concretamente, de acuerdo a las interpretaciones progresivas especialmente plasmadas en la Opinión Consultiva 24/2017, desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que forma parte del bloque de constitucionalidad boliviano.

En el marco de lo señalado, el objetivo de este trabajo, será demostrar el deber de las autoridades judiciales y administrativas de brindar en el Estado Plurinacional de Bolivia, un trato jurídico igualitario y sin discriminación por orientación sexual a parejas del mismo sexo, para ello, en los siguientes acápite se expondrán las herramientas argumentativas que sustentarán el ejercicio de control de convencionalidad basado en pautas constitucionalizadas de interpretación consignadas en la Constitución democrática de 2009, por lo que se abordarán ejes temáticos esenciales, entre ellos, los referentes a los pilares de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos y sus venas democráticas emergentes de procesos constituyentes plurales como el boliviano; la descripción de las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos consignadas en la Constitución democrática de 2009; y, los alcances y sustento constitucional del ejercicio del control de convencionalidad. Estas herramientas argumentativas sustentarán la interpretación extensiva y coherente con el bloque de constitucionalidad que se le debe brindar al art. 63 de la Constitución boliviana a partir de la aplicación directa y preferente de la Opinión Consultiva 24/17 en coherencia con el ejercicio del control de convencionalidad.

2. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO QUE MARCÓ LA ERA DE LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA DE 2009

La redacción del art. 63 de la Constitución boliviana, constitucionaliza al matrimonio y la unión conyugal libre a partir de una condición esencial: La unión entre hombre y mujer, esta redacción grafica la

invisibilización de grupos LGBTI² por parte de los factores reales de poder³ sin embargo, la Constitución democrática de 2009, tal como se argumentará en este trabajo, consigna, por mandato del propio Poder Constituyente, pautas constitucionalizadas de interpretación que aseguren el respeto a sus derechos más allá de decisiones mayoritarias plasmadas en una “hoja de papel”⁴.

Por su parte, Kalyvas⁵, quien, en la tarea de referirse a las categorías de poder constituyente y soberanía, sostiene que “el concepto de soberanía como acto creativo y fundador del sujeto constituyente se aleja de la noción tradicional de soberanía como la mayor y definitiva instancia de mando. Sostiene que el sujeto constituyente soberano no es una fuerza represiva, sino una agencia productiva, el soberano ya no es un gobernante absoluto sino un legislador fundador: la misión del soberano no es ejercer el poder, sino diseñar las normas legales y las reglas de procedimiento superiores que regularán el ejercicio del poder”⁶.

Reflexionar estos conceptos, bajo el marco de lo previsto en el art. 63 de la Constitución boliviana, obliga iniciar el análisis, resaltando la

² La sigla LGBTI (Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero o Intersex) se utiliza para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. Este término fue asumido por el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos a partir del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la violencia contra personas LGBTI (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2018).

³ LASALLE, 1989, p.92.

⁴ Según Lasalle la Constitución es la verdadera ley fundamental de un país, siendo los factores de poder los que se extienden en una “hoja de papel” a través de la expresión escrita que se erige en derecho, y por tanto en instituciones jurídicas que aseguran su cumplimiento con la imposición de un castigo, y que aseguran su conversión en “factores jurídicos” consolidados. Esta versión sobre Constitución define dos planos claramente delimitados, el sociológico en el que se instala una Constitución real y efectiva y el jurídico como expresión escrita de esos factores de poder que supone la determinación de una consecuencia legítima en caso de una violación. Esto significa, según Lasalle, que la Constitución escrita, la “hoja de papel” o la Constitución jurídica, es una inmediata expresión de los factores de poder, pero que en caso de una incongruencia entre la una y la otra, es evidente que la Constitución como factores de poder se sobrepondrá a la Constitución escrita, aunque con ello jamás admite que lo jurídico debe confundirse con la Constitución real (LASALLE, 1989, p.93).

⁵ KALYVAS, 2005, p.97.

⁶ Kalyvas aclara-siguiendo a Beaud-, que, desde la perspectiva del acto constituyente, el soberano es aquel que hace la Constitución y establece un nuevo orden político y legal. Entonces, el soberano es el sujeto constituyente, por ello define al soberano como aquel que determina la forma constitucional, la identidad jurídica y política, y la estructura gubernamental de una comunidad en su totalidad. El soberano es el autor original de un nuevo orden constitucional y la soberanía en cuanto poder constituyente se manifiesta en un proceso genuino de elaboración constitucional como un poder por encima del legislativo (KALYVAS, 2005, p.96-97)

necesidad de diferenciar el concepto de *democracia constitucional* y *constitucionalismo democrático*, en ese marco, se seguirá los aportes Martínez Dalmau, para quien junto con Viciano, las constituciones formales se enmarcan en el ámbito de una democracia constitucional⁷; sin embargo, el constitucionalismo democrático tiene una característica esencial: *Las constituciones democráticas emergentes de legítimos procesos constituyentes*⁸.

En el contexto señalado, Martínez Dalmau⁹ textualmente señala lo siguiente:

[...] aunque el uso del término Constitución ha sido recurrente en la doctrina para designar históricamente la organización del orden político en las más diversas sociedades, la incorporación del poder constituyente como elemento legitimador de la Constitución cambió radicalmente su origen y, por lo tanto, su significado. El paso de la modernidad a la contemporaneidad, en cuanto a la legitimidad del poder político organizado se refiere, es en su fundamento el paso del constitucionalismo

⁷ VICIANO, MARTÍNEZ DALMAU, 2013. Los autores señalan que en el *nuevo constitucionalismo*, “el relato de legitimidad positivista-elitista se transforma en legitimidad democrática, con intención de acabar con el nominalismo constitucional y avanzar hacia la transformación de la sociedad en la que se aplica”, en este marco, los autores sostienen que desde la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo XX, se produjeron cambios que pronosticaban la cercana conciliación entre Constitución formal y material, y comenzaron a abrir paso a los postulados del nuevo constitucionalismo. En este contexto, los autores excluyen a la Constitución de Brasil de los nuevos constitucionalismos por las carencias democráticas de su proceso constituyente y por su falta de voluntad transformadora respecto del constitucionalismo del Estado Social. Será la reaparición de los postulados democráticos en los procesos constituyentes colombiano y venezolano y, por lo tanto, la elaboración de un nuevo relato de legitimidad, el que coloca el deferencial entre el *antes* y el *después* del nuevo constitucionalismo. Así, los autores indican que el nuevo constitucionalismo reasigna un significado actualizado a conceptos que habían sido desnaturalizados por la teoría constitucional conservadora, como el de soberanía popular o poder constituyente. Y no porque una teoría constitucional democrática los haya reconstruido sólidamente con anterioridad a los procesos constituyentes, sino porque así han sido usados esos conceptos para el avance democrático y, muy especialmente, por los movimientos sociales como fundamento de emancipación. Esa es una de las principales diferencias con el neoconstitucionalismo: El nuevo constitucionalismo no es una teoría del derecho, sino una teoría de la Constitución relatada en un marco reescrito sobre la legitimidad democrática de la Constitución, que utiliza los conceptos sin miedo y de la manera como le son útiles para avanzar democráticamente.

⁸ Gerardo Pisarello (2014, p. 171) apunta que “Las ideas de poder constituyente, de proceso constituyente democrático, surge como un recurso extremo, en el que concurren una serie de circunstancias concretas., En primer lugar, la existencia de una agresión económica, política, cultural, provocada por una estructura de poder determinada. En segundo lugar, la pérdida creciente de legitimidad de quienes encabezan dicha estructura. Por último, la percepción, entre los grupos subalternos, de que dicha situación es injusta e insoportable y de que es posible emprender con éxito algún tipo de acción colectiva para acabar con ella.

⁹ MARTÍNEZ DALMAU, 2012, p. 7-8.

al constitucionalismo democrático, entendido éste como la organización del poder político derivado del poderconstituyente¹⁰.

Esta postura desvela otro punto esencial del debate académico: La interdependencia del poder constituyente que legitima el poder político organizado con las bases mismas de la soberanía, así, en este contexto, tal como afirma el Martínez Dalmau:

El pueblo es, en definitiva y con toda su ambigüedad, el sujeto soberano donde reside el poder constituyente. Sin soberanía, sin poder constituyente, no existe pueblo, y el constitucionalismo pierde el carácter democrático en el que se fundamenta el siempre difícil equilibrio entre legitimidad democrática y organización del poder político. Esta indisoluble asimilación entre pueblo, poder constituyente y soberanía, conforma los cimientos de la Constitución democrática; al mismo tiempo, el texto constitucional consagra los elementos de la garantía y desarrollo del gobierno democrático, lo que da paso al Estado Constitucional. La elección y el control efectivos de los gobernantes por parte del soberano y su autolimitación a través del Derecho constituyen, de esta manera, el elemento primordial para la entrada en vigor del principio democrático y, con ello, la aparición de la constitución material –democrática–, principal característica del Estado Constitucional¹¹.

Lo expuesto hasta aquí nos lleva a la importante tarea de caracterizar al constitucionalismo democrático a partir de tres ejes centrales: (i) Poder constituyente, (ii) soberanía que reside en el pueblo y (iii) respeto a derechos fundamentales, pilares esenciales que sustentarán las bases de un constitucionalismo democrático que en el caso latinoamericano, particularmente en el caso boliviano, adquirirá un carácter emancipador¹², rasgo que sin duda implicará en el

¹⁰ El autor, además señala que “la emergencia de un constitucionalismo democrático debía incorporar, de forma principal, la consagración del pueblo como titular de la soberanía, una vez la soberanía se conformó como la nueva fuente de legitimidad del orden jurídico-político y, por lo tanto, el sujeto principal que debe ser transformado en la transición del Estado hacia una forma democrática de configuración. La articulación de los elementos inmanentes, soberanía y poder constituyente/poder constituido, establece el *continuum* de entre legitimidad, potencialidad y actividad del poder. El Estado democrático exige que el pueblo sea soberano; esto es, aquel que en una sociedad tiene la capacidad de dictar normas jurídicas estando en la posesión de un poder supremo, ilimitado, único e indivisible”.

¹¹ MARTÍNEZ DALMAU, 2012, p. 7-8.

¹² Martínez Dalmau sostiene que los regímenes democráticos son ineludibles para el avance de los pueblos. Avance no exclusivamente en su sentido modernizador como proponían los teóricos clásicos de la democracia sino, fundamentalmente, emancipador Martínez Dalmau (2012, p. 12). En términos de Contreras-citado por Dalmau- “el ejercicio sustantivo de los derechos ciudadanos sigue constituyendo una máxima de emancipación humana dentro del marco del orden mundial existente”. Cfr MARTÍNEZ DALMAU, 2012, p. 13.

marco de esta legitimidad democrática, asegurar derechos fundamentales especialmente de sectores históricamente discriminados como es el caso de las personas LGBTI.

En este contexto, Martínez Dalmau, resalta el concepto del “nuevo constitucionalismo democrático”, que, de acuerdo con el autor, estaría enfocado a la consecución del Estado Constitucional en sentido material y que implicaría la superación de las bases teóricas del constitucionalismo del Estado Social¹³.

Cuando el autor hace referencia al constitucionalismo del Estado Social, es necesario enmarcar la temática a los llamados *neoconstitucionalismos*, los cuales surgen en Europa y que en realidad postulan la prevalencia de principios antes que reglas jurídicas al abrigo de una constitución con valor normativo que sea materializada por las autoridades jurisdiccionales a través de la interpretación constitucional¹⁴. En este entorno, se desvelan conceptos esenciales que deben ser reflexionados en este espacio académico, entre ellos: (i) la diferencia entre los *neoconstitucionalismos* con los nuevos constitucionalismos latinoamericanos y (ii) la directa vinculación de los *nuevos constitucionalismos* latinoamericanos con el constitucionalismo democrático, cuyas bases como ya se señaló son la trilogía compuesta por los conceptos de poder constituyente; soberanía que reside en el pueblo; y, respeto a derechos fundamentales.

De acuerdo a lo anotado, entonces, debe iniciarse la argumentación jurídica con un primer elemento esencial de análisis: Los rasgos esenciales que diferencian los neoconstitucionalismos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Al respecto, esta diferenciación es realizada con meridiana claridad por Viciano y Martínez

¹³ Para el autor cuatro son los elementos del Estado Constitucional que no se encuentran en el constitucionalismo del Estado social: a) la reivindicación del concepto de soberanía popular y de poder constituyente, que incorpora su potencialidad revolucionaria; b) la incorporación de mecanismos de fortalecimiento de la legitimidad democrática del poder constituido, tanto a través de la participación directa en las decisiones como del control democrático del poder político organizado (dimensión indirecta de la soberanía o soberanía juridificada); c) la búsqueda de mecanismos de materialización de la Constitución y la eliminación de las sombras nominalistas, y d) marginación definitiva del poder constituyente constituido, fundamentado tanto en la negación de la naturaleza delegable del poder constituyente como en el concepto de Constitución como fruto de la voluntad exclusiva del poder constituyente. Cfr MARTÍNEZ DALMAU, 2012, p. 14.

¹⁴ VICIANO, MARTÍNEZ DALMAU, 2013. La identificación de los caracteres del neoconstitucionalismo puede encontrarse en PRIETO SANCHIS L., 2002, p. 109 y ss.

Dalmau, quienes señalan que los términos neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo no son sinónimos ni necesariamente complementarios, aunque pueden coincidir en varios aspectos, en ese marco, afirman que el neoconstitucionalismo es una categoría analítica que busca crear una teoría del derecho, y, secundariamente, explicar las facultades del juez ordinario como intérprete de la Constitución, en cambio, el nuevo constitucionalismo surge desde la experiencia de las nuevas constituciones latinoamericanas, a partir de la colombiana de 1991, la cual pone énfasis en la legitimidad democrática de la Constitución¹⁵, esa legitimidad que la brinda los procesos constituyentes basados en la soberanía que reside en el pueblo y que se fundamenta en el respeto a derechos fundamentales.¹⁶

Lo expuesto precedentemente, constituye el hilo argumentativo neurálgico de análisis de este trabajo, el cual puede resumirse en la siguiente idea matriz: El fundamento del respeto a derechos progresivamente construidos en los sistemas universal y regionales de protección de derechos humanos se fortalece en las Constituciones democráticamente emergentes de procesos constituyentes, las cuales contienen pautas constitucionalizadas de interpretación que facultan a las y los jueces, así como a las servidoras y servidores públicos a ejercer control de convencionalidad y aplicar de manera directa y preferente el estándar más alto que contenga la interpretación más favorable al derecho en discusión.

Lo expresado conlleva a mirar el escenario de la Constitución democrática boliviana de 2009, la cual emergió de un proceso constituyente que se inició el 2006 y que concluyó con la aprobación mediante referendo del texto constitucional ahora vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia¹⁷. En efecto, el proceso constituyente boliviano, fue el que enmarcó en nuestro país, el rasgo de un consti-

¹⁵ VICIANO, MARTÍNEZ DALMAU, 2013, p. 1.

¹⁶ Para Ferrajoli, la incidencia en el respeto a derechos fundamentales da lugar al llamado constitucionalismo garantista entendido como aquel modelo normativo de ordenamiento producido por un cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia, gracias al cual la validez de las leyes y la legitimidad de la política están condicionadas al respeto y a la actuación de las garantías de los derechos estipulados en las constituciones. (FERRAJOLI, 2014, p. 11).

¹⁷ El 6 de marzo de 2006, se promulgó la Ley No. 3364, Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, Asamblea que fue inaugurada el 6 de agosto de 2006, cuya Constitución fue aprobada mediante referéndum el 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero. Para entender el proceso constituyente en el Estado Plurinacional de Bolivia ver: SCHAVELSON, 2012.

tucionalismo democrático en el molde de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos¹⁸.

3. ¿PUEDE UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA VULNERAR DERECHOS DE LAS MINORÍAS O DE SECTORES HISTÓRICAMENTE DISCRIMINADOS? UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA IMPORTANCIA DE LAS PAUTAS CONSTITUCIONALIZADAS DE INTERPRETACIÓN

Concretamente, en el caso boliviano, es la propia Constitución democrática de 2009, la que garantiza la progresividad de los derechos especialmente de estos sectores que merecen una protección reforzada.

En el acápite anterior se concluyó que la Constitución democrática boliviana de 2009 se enmarca en la línea de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos enraizados en el constitucionalismo democrático vinculado a procesos constituyentes que legitiman el poder político organizado; bajo esta perspectiva, en este trabajo, se sustentará con base en estas Constituciones democráticas, que los derechos fundamentales, especialmente de minorías o de sectores históricamente discriminados, en el marco de la progresividad de los derechos, se encuentran resguardados en estas constituciones, aunque el tenor literal de alguna disposición podría contener una redacción limitativa, como sucede con el artículo 63 de la Constitución boliviana que en su tenor literal excluye de protección jurídica a las parejas del mismo sexo y únicamente establece dicha protección para parejas heterosexuales.

Concretamente, en el caso boliviano, es la propia Constitución democrática de 2009, la que garantiza la progresividad de los derechos especialmente de estos sectores que merecen una protección reforzada. En efecto, el sustento para argumentar la protección de minorías o de sectores históricamente discriminados en Constituciones democráticas como la boliviana de 2009, esta precisamente en las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos, *las* cuales aseguran que los procesos constituyentes democráticos brinden una protección reforzada a sectores históricamente discriminados, como es el caso de las personas LGBTI, para evitar así discriminaciones prohibidas basadas en criterios de orientación sexual.

En efecto, la Constitución democrática boliviana de 2009, contiene estas *pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos* en

¹⁸ Viciano y Martínez Dalmau (2013), citan como hitos del constitucionalismo latinoamericano a las Constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia.

los artículos 13.I, 13.IV, 14, 196, 256 y 410 del texto constitucional. Estas pautas, por su importancia, serán desarrolladas de manera específica en este trabajo académico.

El art. 410.II de la Constitución boliviana consagra el bloque de constitucionalidad¹⁹, al respecto, el Tribunal Constitucional boliviano, en la SC 0110/2010-R, al interpretar la referida disposición constitucional, señaló que forma parte del bloque de constitucionalidad no solamente el texto de la Constitución aprobado por referendo constitucional el año 2009, sino también los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y también los estándares internacionales referentes a derechos humanos como es el caso de los precedentes emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Que los tratados de derechos humanos formen parte del bloque de constitucionalidad, conlleva entender que éstos se convierten en normas parámetro de control respecto del cual el resto del ordenamiento jurídico debe guardar correspondencia. En este sentido, Andaluz Vegacenteno²⁰ sostiene que “el rasero con el que se mide la validez del derecho ordinario es la Constitución, y son normas constitucionales no sólo las que integran el texto formal de la Constitución, sino también los tratados sobre derechos humanos y las normas de derecho comunitario, que sumados al texto formal conforman una unidad normativa: el llamado bloque de constitucionalidad previsto en el art. 410. II de la Constitución”.

Esta pauta es esencial para la temática ahora abordada, ya que, a partir de la doctrina del bloque de constitucionalidad, pueden protegerse los derechos de parejas del mismo sexo. Por esta razón, el art. 63 de la Constitución boliviana no puede interpretarse de manera aislada, sino, cuando amerite ingresarse en esta labor, el intérprete debe analizar esta disposición a la luz del art. 410 de la Constitución y de la SC 0110/2010-R que desarrolla la doctrina del

¹⁹ El art. 410.II de la Constitución establece: “La Constitución 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...” (CONSTITUCIÓN BOLIVIANA, 2009). El bloque de constitucionalidad, es un fenómeno de ampliación o extensión de la Constitución a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

²⁰ ANDALUZ VEGACENTENO, 2014, p. 3

bloque de constitucionalidad, doctrina consagrada por la Constitución democrática de 2009²¹. Por lo que, este es el primer argumento esencial para sustentar la protección de derechos de minorías o de grupos históricamente discriminados, aunque estos no hayan tenido mayorías en el proceso constituyente boliviano.

La otra pauta constitucionalizada de interpretación de derechos que sustenta el problema jurídico abordado en este trabajo, se encuentra en el art. 14 de la Constitución boliviana democrática. Este artículo consagra tres principios esenciales para la eficacia de derechos: (i) La igual dignidad de las personas y colectividades; (ii) la igualdad material de las personas y colectividades; y (iii) la prohibición de discriminación.

En cuanto a la garantía de prohibición de discriminación, de manera textual, el artículo 14.II de la Constitución democrática de 2009 señala: “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género...”.

En efecto, el referido artículo 14.II de la Constitución, consagra, las llamadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, categorías sospechosas o criterios prohibidos de discriminación. En este catálogo, se encuentra la prohibición de discriminación basada en orientación sexual, que obliga al Estado Plurinacional de Bolivia a aplicar y ajustar la normativa interna -incluida la Constitución-, las políticas públicas o todo tipo de decisiones judiciales, a interpretaciones razonables, proporcionales y objetivas coherentes y armónicas con el desarrollo de esta garantía de prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que, no pueden realizarse interpretaciones regresivas a los derechos de estas personas históricamente discriminadas en sociedades patriarcales como la boliviana.

En el sentido señalado, el paradigma jurídico del vivir bien, en el marco del esquema constitucional vigente, plantea:

²¹ El esquema constitucional de derechos fundamentales, está íntimamente vinculado con las interpretaciones más progresivas y favorables a derechos que hayan sido realizadas tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de protección a derechos fundamentales, así, las interpretaciones realizadas en el marco interno, no pueden ser más restrictivas que las interpretaciones realizadas en el marco de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que se encuentran contenidas en los estándares internacionales de protección a derechos fundamentales (ATTARD BELLIDO, 2017, 25),

a) interpretaciones más favorables y progresivas a derechos especialmente de grupos de atención prioritaria y con mayor razón para mujeres y personas con distinta orientación sexual a la heterosexual; b) prohíbe discriminaciones basadas en criterios prohibidos o categorías sospechosas, y c) Postula ponderaciones razonables y proporcionales y bajo métodos interculturales en caso de colisión de derechos²².

Por lo expuesto, el artículo 14 de la Constitución, al consagrar constitucionalmente la igualdad formal y la prohibición de discriminación, es otra pauta esencial para sustentar la protección de derechos de las personas con orientación sexual diferente a la heterosexual, por tanto, aunque estos grupos no hayan tenido mayoría en el proceso constituyente boliviano, sus derechos deben ser protegidos de forma reforzada, por mandato de la propia Constitución democrática vigente.

También en coherencia con todo lo afirmado, debe invocarse el artículo 13.I de la Constitución que consagra el principio de progresividad. Este principio sin duda debe ser el parámetro interpretativo del artículo 63 de la norma constitucional boliviana, ya que la protección jurídica en cuanto a efectos patrimoniales y personales emergentes del matrimonio o la unión conyugal libre o de hecho, no puede asegurarse solamente en relación a parejas heterosexuales, sino también, para no generar discriminación, debe protegerse en condiciones de igualdad a parejas del mismo sexo, esto en coherencia con el avance del derecho internacional de los derechos humanos²³.

²² ATTARD BELLIDO, 2017, p. 24.

²³ “...el principio de progresividad significa, por un lado, que los derechos humanos pueden ser reconocidos de manera continua y por otro, que las conquistas conseguidas, respecto a un derecho o su interpretación, no pueden ser luego desconocidas por el intérprete de dicho derecho, sea juez, tribunal o autoridad. Conforme a ello, la interpretación que se efectúe respecto a un derecho fundamental, nunca podrá ser menor a los estándares nacionales e internacionales sobre su contenido y alcance, pues mínimamente, tendrá que adoptarse –en virtud al principio de interpretación conforme a los pactos internacionales sobre derechos humanos- la interpretación asumida en las normas internacionales sobre derechos humanos y por los órganos encargados de su salvaguarda, sin que ello implique que una interpretación más favorable pueda ser desarrollada (principio de favorabilidad, *pro homine* o *pro persona*)”. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2014.

En el panorama presentado, la Opinión Consultiva 24/2017 emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴ ²⁵, de manera expresa consagra la protección jurídica a parejas del mismo sexo, por tanto, de acuerdo al principio de progresividad, que es una pauta inmersa en el art. 13.I de la Constitución, el Estado Boliviano debe reconocer este avance en derechos humanos, razón por la cual, no podría dejarlas en desprotección, lo que implica que en relación al tenor literal del art. 63 de la Constitución, en ejercicio del control de convencionalidad, debe aplicarse de manera directa y preferente la referida opinión consultiva que marcó sin duda un avance en el derecho internacional de los derechos humanos.

A lo señalado, debemos sumar que el art. 13.I de la Constitución, conlleva implícitamente la vigencia del principio de prohibición de regresividad, que genera para el Estado Plurinacional de Bolivia, la prohibición de retroceder o limitar arbitrariamente derechos que ya tuvieron un avance progresivo en el derecho internacional de los derechos humanos.

De la misma manera, el artículo 13.IV de la Constitución²⁶ es otra pauta constitucionalizada de interpretación de derechos, ya que esta consagra la interpretación de derechos en armonía con el parámetro de convencionalidad. En este contexto, el art. 63 de la Constitución, no debe ser interpretado de manera aislada, sino que también deberá considerar los alcances del art. 13.IV, por lo que la protección jurídica a parejas del mismo sexo, deberá ser realizada a la luz del parámetro de convencionalidad, en ese marco, sin duda

²⁴ En la Opinión Consultiva 24/17: “LA CORTE, DECIDE por unanimidad, que: 1. Es competente para emitir la presente opinión consultiva, en los términos establecidos en los párrafos 13 a 29. Y ES DE OPINIÓN por unanimidad, que: (...)6. La Convención Americana, 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), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199”.

²⁵ El 18 de mayo de 2016 la República de Costa Rica con fundamento en los artículos 64.1 y 64.2 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en los artículos 70 y 72 del Reglamento, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1 del mismo instrumento. En esta opinión consultiva se abordaron dos temas: 1) El reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón a identidad de género; 2) Los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de Noviembre de 2017, Solicitada por la República de Costa Rica).

²⁶ Art.13.IV: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno (...)” (CONSTITUCIÓN BOLIVIANA, 2009).

la Opinión Consultiva 24/2017, forma parte de este parámetro de convencionalidad, que es una pauta específica de interpretación consagrada por la Constitución democrática de 2009. Este artículo, además, conlleva la aplicación del control de convencionalidad, que de manera específica –por su importancia en las Constituciones democráticas- será abordada más adelante.

El art. 196.II de la Constitución es otra cláusula de interpretación diseñada por el Constituyente, su contenido manda al Tribunal Constitucional Plurinacional interpretar la Constitución “con preferencia”, según la voluntad del constituyente y el tenor literal de su texto. En este marco Andaluz Vegacenteno²⁷ señala que la voluntad del constituyente, se identifica a la interpretación histórica, a través de la cual el significado de las disposiciones constitucionales debe justificarse en la voluntad del constituyente, porque el derecho es expresión de las fuentes materiales condicionantes de la intención constituyente, lo que supone que en esta tarea de interpretación el intérprete constitucional debe indagar esas fuentes materiales traducidas en los documentos, actas y resoluciones pronunciadas en la asamblea constituyente, con el advertido, según el autor, que el Tribunal Constitucional “no está atado a lo que la Asamblea quiso decir, sino a las razones que la llevaron a decir lo que dijo, como fuente de justificación del significado jurídico de una disposición”.

Ahora bien, conforme sostienen Viciano y Martínez Dalmau²⁸, desde los axiomas democráticos, el fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico sólo puede encontrarse en que la Constitución es el mandato de un constituyente democrático, y refleja su voluntad. En este contexto el poder constituyente sólo puede ser democrático cuando el sujeto constituyente es el pueblo. Una Constitución que no es democrática, será una Constitución de las élites y no del pueblo, de ahí que esa legitimidad, brindada por los procesos constituyentes basados en la soberanía que reside en el pueblo, se fundamenta siempre en el respeto a derechos fundamentales.

Por ello esa voluntad constituyente a la que hace referencia el art. 196.II de la Constitución boliviana es la de un poder constituyente democrático respetuoso de los derechos del sujeto constituyente: el

²⁷ ANDALUZ VEGACENTENO, 2013, p. 13 y ss.

²⁸ VICIANO Y MARTÍNEZ DALMAU, 2013, p. 80-81.

pueblo, que elige una asamblea constituyente para crear una Constitución, que bajo ningún contexto puede ser represiva de los derechos de ese sujeto constituyente. Entonces, la lectura del art. 63 de la Constitución debe encontrar esa voluntad constituyente, cuya naturaleza es democrática y garantista de derechos, no represiva. Por lo que la vinculación a la voluntad constituyente, como pauta de interpretación, es otra pauta esencial para sustentar la protección de derechos de las personas con orientación sexual diferente a la heterosexual, porque proviene de una Constitución democrática, cuya voluntad popular se fundamentan en el respeto a derechos fundamentales; es decir, a potenciar su constante evolución, no otra cosa supone vincularse al continuo desarrollo de los derechos a través de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y a su constante progresividad, conforme ya se ha visto con las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos, previstas en los arts. 13.I, 13.IV y 410 de la Constitución.

Por su parte, el art. 256 de la Constitución democrática boliviana de 2009²⁹, es la otra pauta esencial de interpretación de derechos, que corrobora el carácter progresivo de un poder constituyente democrático. Esta disposición constitucional contiene dos aspectos esenciales para la temática ahora abordada: El principio de favorabilidad y el método de aplicación preferente de derechos. En efecto, el principio de favorabilidad, implica que las autoridades jurisdiccionales, deben interpretar los derechos de manera más favorable y progresiva, en ese orden, esta favorabilidad es interdependiente al artículo 14.II que consagra a sectores históricamente discriminados o en desventaja material, por lo que la favorabilidad consagrada en el art. 256 de la Constitución, tiene la finalidad de asegurar la igualdad material de estos sectores evitando cualquier tipo de discriminación o trato diferenciado arbitrario.

En la perspectiva antes anotada, el artículo 63 de la Constitución debe ser interpretado no de manera restrictiva, porque esta interpretación sería contraria a la pauta consagrada en el 256 de la Constitución, sino por el contrario, la autoridad jurisdiccional,

²⁹ El artículo 256 de la Constitución establece: “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” (CONSTITUCIÓN BOLIVIANA, 2009).

debe interpretar dicha disposición de manera progresiva y favorable especialmente a las personas con orientación sexual diferente a la heterosexual, para evitar así tratos discriminatorios fundados en esta condición.

El razonamiento anotado, tiene fundamento en la Constitución democrática de 2009, ya que el carácter legítimo y democrático del proceso constituyente, al consagrar en la Constitución las pautas constitucionalizadas de interpretación, asegura el respeto a grupos históricamente discriminados que podrían ser minorías o estar invisibilizados en sociedades patriarcales como la boliviana.

Corresponde precisar que interpretar los derechos contenidos en la Constitución conforme a los tratados sobre derechos humanos implica también que deberá tomarse en consideración las pautas y criterios interpretativos que las normas internacionales de derechos humanos contienen. Así de conformidad con lo previsto en el art. 29.b de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), al aplicar e interpretar los derechos humanos, por ende, los derechos fundamentales, deberá acudirse siempre a la norma y a la interpretación más amplia, extensiva y favorable, que garantice la plena vigencia de los derechos y que desarrolle en mejor forma el contenido del derecho. A esto debe añadirse que también deberá acudirse a los principios y criterios de interpretación que han sido desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que no sólo los tratados sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, sino también los precedentes de la Corte Interamericana, como órgano competente para interpretar y aplicar la CADH, según ya se ha señalado.

Lo expresado hasta este punto, responde la pregunta formulada: ¿Puede una Constitución democrática vulnerar derechos de las minorías o de sectores históricamente discriminados? La respuesta es contundente: Las Constituciones democráticas como la boliviana no vulneran derechos de las minorías o de sectores históricamente discriminados como ser las personas LGBTI, para este efecto, las pautas constitucionalizadas de interpretación son las herramientas constitucionales legitimadas por estas Constituciones y por ende se configuran como los mecanismos democráticos que evitan regresividad en derechos y que aseguran el respeto a derechos en el marco de la progresividad y la favorabilidad.

4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD LEGITIMADO POR LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DE 2009

La temática abordada en este trabajo, quedaría incompleta si no se desarrolla el capítulo referente al control de convencionalidad y su importancia en las Constituciones democráticas para asegurar la eficacia de derechos en el marco de los principios de progresividad y favorabilidad.

Como ya se señaló precedentemente, la Constitución democrática boliviana de 2009, asegura el ejercicio del control de convencionalidad de acuerdo a las pautas de interpretación contenidas en los arts. 13.I, 13.IV y 256 de la Constitución, este ejercicio del control de convencionalidad también debe ser realizado de acuerdo a la evolución de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que esta doctrina, tiene génesis en esta instancia jurisdiccional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrolló como precedente y por primera vez la doctrina del control de convencionalidad en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*³⁰, en esta sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que todas las autoridades judiciales de los Estados miembros del Sistema Interamericano de protección a Derechos Humanos, en el marco del principio de efectividad deben ejercer control de convencionalidad, es decir, en casos en los cuales exista contradicción entre sus normas internas con el parámetro de convencionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en caso de ser este más favorable, deben aplicarlo con preferencia³¹.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, parr. 123. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (13/4/2018)

³¹ De manera textual la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: "...los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"

Posteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*³², estableció que este control de convencionalidad debe ser ejercido por los jueces no solo a petición de parte sino *ex officio*³³.

En esta evolución de la línea de pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cabe destacar también que esta instancia en el caso *Cabrera García vs. México*³⁴, señaló que no sólo las autoridades judiciales, sino también las y los servidores debían ejercer control de convencionalidad en el contexto del sistema de control de constitucionalidad vigente en cada Estado.

Sauma Zankys³⁵ sostiene que el fundamento de este criterio de interpretación radica en la obligación del Estado boliviano, de compatibilizar el derecho interno con el derecho internacional sobre derechos humanos, y de efectuar una interpretación integral de ambos, conciliando ambas fuentes de derechos (la internacional y la nacional), para formar un único sistema de derechos; de ahí que estos Pactos, precisamente, formen parte del bloque de constitucionalidad, y que la jurisprudencia de la Corte Interamericana, haya establecido como obligación de jueces, tribunales y autoridades, al control de convencionalidad, en virtud a los principios de la *pacta sunt servanda* y del efecto útil de la Convención.

Ahora bien, la Constitución democrática de 2009, diseña un *sistema plural de control de constitucionalidad*, en el cual, en la base, es decir como primeros garantes de los derechos consagrados por el bloque de constitucionalidad, se encuentran los jueces, todo servidor o servidora pública y también las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, así como el Tribunal Constitucional

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Trabajadores cesados vs. Perú parr. 158. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

³³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control debe ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones” (resaltado propio)

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García vs. México. Sentencia Disponible en http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343. (13/4/2018).

³⁵ ZANKYS, 2014.

Plurinacional que es el último y máximo garante de los derechos en el marco de la doctrina del bloque de constitucionalidad³⁶.

De acuerdo a lo afirmado, el artículo 109.I de la Constitución democrática de 2009, consagra el principio de aplicación directa de derechos, principio que debe ser entendido en el contexto de las pautas constitucionalizadas de interpretación antes desarrolladas; así, al estar directamente relacionado el principio de aplicación directa de derechos con el sistema plural de constitucionalidad, se concluye que en el caso boliviano, todas las autoridades judiciales de la jurisdicción ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y todo servidor o servidora pública, así como el Tribunal Constitucional Plurinacional como último y máximo garante del bloque de constitucionalidad, deben ejercer control de convencionalidad, para asegurar así la progresividad y favorabilidad de derechos, especialmente de aquellas personas que se encuentran en situación de desventaja material o protegidas por los criterios prohibidos de discriminación.

Por lo afirmado, se concluye además señalando que para la temática de protección jurídica a las parejas del mismo sexo, es esencial abordar la doctrina del control de convencionalidad ya que en la judicialización de sus derechos especialmente cuando la problemática implique analizar el art. 63 de la Constitución, la autoridad jurisdiccional deberá necesariamente ejercer de oficio y de acuerdo a las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, este control de convencionalidad, el cual encuentra sustento y legitimidad en una Constitución democrática que emerge de un legítimo proceso constituyente que merced a las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos y a través de la herramienta del control de convencionalidad, asegura el respeto a derechos de minorías o grupos históricamente discriminados, aunque estos no hayan sido mayorías en el proceso constituyente.

5. CONCLUSIONES

En el marco de todo lo aquí expuesto puede concluirse que el constitucionalismo democrático legitimado por procesos constituyentes

³⁶ Así quedó precisado en la SCP 112/2012, pronunciada por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En el marco de lo señalado, los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, plausibles especialmente a partir de las Constituciones democráticas de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, marcan un hito esencial para el constitucionalismo democrático con raíces en esta parte del continente, especialmente por los procesos constituyentes que vieron nacer a estas Constituciones.

busca consolidar un Estado Constitucional no formal sino material, en el cual, la eficacia de los derechos fundamentales es el máximo ideal de las Constituciones democráticas.

En el marco de lo señalado, los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, plausibles especialmente a partir de las Constituciones democráticas de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, marcan un hito esencial para el constitucionalismo democrático con raíces en esta parte del continente, especialmente por los procesos constituyentes que vieron nacer a estas Constituciones.

En el caso boliviano, la Constitución democrática de 2009 que nació merced al proceso constituyente que en base a mayorías democráticamente organizadas consensuó y aprobó el texto constitucional, garantiza plenamente el respeto a derechos de minorías, especialmente de aquellas comprendidas en sectores históricamente discriminados como es el caso de personas gays o lesbianas, en este horizonte, esta Constitución democrática que enarbola un constitucionalismo democrático en el ámbito latinoamericano, introduce mecanismos eficaces para la protección de estos derechos: Las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos y el ejercicio del control de convencionalidad.

Los mecanismos antes señalados, protegen a minorías o sectores históricamente discriminados, aspecto que refuerza la legitimidad de la Constitución democrática de 2009, por tanto, las autoridades jurisdiccionales en la diversidad de jurisdicciones, todo servidor o servidora pública y también el Tribunal Constitucional Plurinacional deben sin duda garantizar derechos de las parejas del mismo sexo de acuerdo a estos dos criterios, es decir, deben aplicar las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos y deben ejercer control de convencionalidad.

En coherencia con lo señalado, los problemas jurídicos vinculados con el artículo 63 del texto constitucional que brinda protección jurídica a parejas conformadas por hombres y mujeres unidos por el matrimonio o la unión conyugal libre, no puede interpretarse restrictivamente, sino más bien, en esta temática debe brindarse la protección debida en el marco de las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos y de acuerdo al control de convencionalidad que en la temática debe ejercerse.

Lo establecido anteriormente tiene dos consecuencias esenciales:

Primero – La protección jurídica a parejas del mismo sexo en cuanto a los efectos personales o patrimoniales que puedan generar su unión, no necesitan una reforma constitucional, porque la Constitución democrática de 2009, tal como ya se explicó, prevé mecanismos para la plena vigencia de derechos de minorías o sectores históricamente discriminados a través de las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos y mediante el ejercicio del control de convencionalidad.

Segundo – El artículo 63 de la Constitución debe interpretarse de acuerdo al avance que en el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos ha tenido en cuanto a la protección jurídica a derechos de parejas del mismo sexo, en ese marco, los estándares más altos en esta temática están contenidos en la Opinión Consultiva 24/2017 que en ejercicio del control de convencionalidad aquí explicado debe ser aplicada de manera directa y preferente por las autoridades jurisdiccionales y por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

REFERÊNCIAS

ANDALUZ VEGACENTENO, H. (2014). *Acción de inconstitucionalidad*. Consultado 21-Jul- 2014. Recuperado de: <http://econstitucional.com/ensayos/Acci%C3%B3n%20de%20insconstitucionalidad,%20H.%20Andaluz.pdf>.

ATTARD BELLIDO, M E. (2017). *Argumentación y juzgamiento con perspectiva de despatriarcalización*. La Paz, Bolivia: Fundación Construir.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2018. Informe disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

CONSTITUCIÓN BOLIVIANA, 2009. *Constitución Política del Estado (CPE) (7-Febrero-2009)*. Disponible en: <https://sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/01.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva Oc-24/17, de 24 de noviembre de 2017*. Solicitada Por La República De Costa Rica Identidad De Género, E Igualdad Y No Discriminación A Parejas Del Mismo Sexo. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile, parr. 123*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia Trabajadores cesados vs. Perú parr. 158*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cabrera García vs. México*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nid_Ficha=343

FERRAJOLI, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid, España: Editorial Trotta. Trad. Perfecto Andrés Ibañez.

KALYVAS, A. (2005). Soberanía popular, democracia y el poder constituyente. *Política y gobierno*. XII (1), 91-124.

LASALLE, F. (1989) *¿Qué es una Constitución?*. Barcelona, España: Ariel.

MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). *El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo*. *Revista General de Derecho Público Comparado* (11), 1-15. Recuperado de: https://www.academia.edu/1803158/El_ejercicio_del_poder_constituyente_en_el_nuevo_constitucionalismo

PRIETO SANCHIS, L. (2002). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima- Perú: Palestra Editores.

PISARELLO, G. (2014). *Procesos Constituyentes. Caminos para la Ruptura Democrática*. Madrid, España: Editorial Trotta.

SCHAVELSON, S. (2012). *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*. La Paz, Bolivia: Editorial Plural.

ZANKYS G., S. (2014). Los presupuestos constitucionales para la interpretación de la ley y la valoración de la prueba. Documento presentado para la Escuela de Jueces en el Curso semipresencial: *“Valoración de la prueba y redacción de Resoluciones en materia agroambiental”*. Versión en PDF.

VICIANO R. P. Y MARTÍNEZ DALMAU R. (2013), *La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo*

constitucionalismo. *En El Otro Derecho*, 48, 63-84. Recuperado de: https://www.academia.edu/9744793/_La_Constituci%C3%B3n_democr%C3%A1tica_entre_el_neoconstitucionalismo_y_el_nuevo_constitucionalismo_en_El_Otro_Derecho_no_48_2013_p%C3%A1gs._63-84._Con_Roberto_Viciano_Pastor

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Protocolo-de-Genero-FINAL_Optimize.pdf