

BOLIVIA - Derechos de la población LGBTI Solicitud de pronunciamiento público y otras medidas sobre la sentencia constitucional 76/2017

Derechos en Acción¹ y el **Colectivo TLGB de Bolivia**² presentamos conjuntamente esta comunicación que se estructura en los siguientes seis puntos:

1. Breves antecedentes sobre la aprobación de la Ley 807 de Identidad de Género.
2. La acción de inconstitucionalidad abstracta contra la Ley 807.
3. La declaración de inconstitucionalidad sobre el Art. 11.II.
4. La inconstitucionalidad del Art. 11.II en la dimensión de los derechos políticos.
5. La constitucionalidad sujeta a interpretación del Art. 10.
6. La necesidad de una intervención del *Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*.

1. Breves antecedentes sobre la aprobación de la Ley 807 de Identidad de Género

1. Los procesos locales de organización de travestis se iniciaron en la década de los noventa del siglo pasado con la fundación de la Unión de Travestis Santa Cruz - UTSC (1996) y, posteriormente, con la creación de asociaciones en La Paz y Cochabamba. La formación de otras organizaciones se fue replicando paulatinamente en el resto de las ciudades del país.
2. En 2007 nace la Organización de Travestis, Transgéneros y Transexuales Femeninas de Bolivia - OTRAF Bolivia, como organización nacional de mujeres transexuales y travestis. Poco después, en octubre de 2008, nace Trans Red Bolivia (Red TREBOL). En los años siguientes las dos organizaciones nacionales comenzaron a celebrar encuentros y congresos para tratar temas inherentes a las identidades trans.

¹ Asociación civil sin fines de lucro, con personería jurídica reconocida mediante Resolución Administrativa No. 1198/2013 de 21/10/2013.

² El Colectivo TLGB de Bolivia (con personería jurídica en trámite) está afiliado a la ILGA-LAC y aglutina a aproximadamente 700 personas en La Paz, Cochabamba, Beni, Pando, Santa Cruz, Chuquisaca, Potosí y Oruro. El Colectivo TLGB de Bolivia nace el año 2007 en el "V Congreso Nacional de Diversidades Sexuales y Genéricas de Bolivia" realizado en la ciudad de Cochabamba. Esta instancia, de carácter nacional, surge después de algunos intentos fallidos por construir una sólida red nacional de grupos de base e instituciones de la diversidad sexual. El Colectivo TLGB de Bolivia representó entonces una nueva estructura de articulación entre las bases y las instituciones de las poblaciones con diversa orientación sexual e identidad de género. Después de algunas transformaciones sufridas en sus primeros años de existencia, el Colectivo TLGB de Bolivia ha apuntado sus acciones, *inter alia*, a los procesos legislativos en el país, como la adopción de la Ley 807 de Identidad de Género y todo el proceso de movilización que fue necesario para llegar a ese fin.

3. La necesidad de una ley de identidad de género para las poblaciones trans comenzó a surgir debido a la falta de reconocimiento legal del nombre social y el género con el cual se identifican. TREBOL, por una parte, redactó una propuesta de Ley de Identidad de Género dirigida, básicamente, a modificar la Ley de Registro Civil en materia de rectificación de nombre y sexo de la persona. La propuesta también planteaba modificar la Ley de Organización Judicial.
4. OTRAF, por su parte, redactó otra propuesta de ley que, esencialmente, buscaba que la reasignación de nombre y sexo fuera formalizada a través de un trámite administrativo, sin necesidad de intervención judicial.
5. Ante la existencia de dos propuestas legislativas diferentes, OTRAF y TREBOL deciden presentar una propuesta común. En mayo de 2012, luego de varias reuniones con el Viceministerio de Justicia, logra validarse una sola propuesta que, de inmediato, se socializa con las bases, la Cámara de Diputados y los gobiernos departamentales.
6. Todo el proceso de elaboración y gestión de la propuesta normativa tomó en total unos ocho años, hasta que en mayo de 2016, finalmente, se aprobó la Ley 807 de Identidad de Género³ ("LIG" o "Ley 807"). La adopción de la ley fue una victoria sin precedentes y el fruto de una larga y sostenida lucha de la población transexual/transgénero por el reconocimiento de sus derechos humanos. La aprobación de la ley fue destacada y celebrada por el sistema de Naciones Unidas en Bolivia y por la CIDH.
7. El 24 de mayo de 2016, la ONU emitió un comunicado de prensa a través del cual

congratul[ó] a la Asamblea Legislativa Plurinacional y felicít[ó] al Estado Plurinacional de Bolivia por la promulgación de la Ley de Identidad de Género, que habilita a la población transexual y transgénero del país para que pueda acceder al derecho de la identidad personal, a cambiar su nombre y el dato del sexo en todos sus documentos de identidad, de acuerdo a su identidad autodefinida. Este cambio permite a las personas transexuales y transgénero el ejercicio de sus derechos fundamentales como el voto, la educación, la salud, el empleo y la vivienda, entre otros⁴.

8. El comunicado agregó que

[l]os derechos humanos son todos aquellos derechos inherentes a la naturaleza del ser humano: nacen con el fin de proteger a las personas de los abusos del Estado y representan obligaciones que tiene éste para asegurar a todas las personas, sin distinción, una vida digna. **Esta medida coloca a Bolivia en la vanguardia de la legislación internacional, pues en todo el mundo, solo 41 países cuentan con normas similares...**⁵ (El resaltado es propio).

³ Ley 807 de Identidad de Género de 21 de mayo de 2016.

⁴ ONU Bolivia. "La ONU felicita al Estado Plurinacional de Bolivia por la promulgación de la Ley de Identidad de Género". La Paz, 24 de mayo de 2017, en: <http://www.nu.org.bo/noticias/destacados-nacionales/la-onu-felicita-al-estado-plurinacional-de-bolivia-por-la-promulgacion-de-la-ley-de-identidad-de-genero/>

⁵ Ídem.

9. La nota de prensa concluye con el llamado de la ONU en Bolivia

a reforzar el compromiso y protección de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género, como lo expresa el carácter universal de la Declaración de los Derechos Humanos. Así lo afirmó el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, en su declaración dirigida a la comunidad de las personas lesbianas, gays, transgénero, bisexuales e intersexuales (LGTBI): “el Sistema de las Naciones Unidas siempre estará con ustedes en la lucha por el reconocimiento, el respeto y los derechos”⁶.

10. Por su parte, el 16 agosto de 2016, la CIDH saludó la adopción de la Ley 807. Sobre esta ley y sobre otros avances registrados aquel año en la región, la Comisión los "celebr[ó]... e inst[ó] a los Estados Miembros de la OEA a adoptar mayores esfuerzos para respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, **incluyendo el derecho a la familia, sin discriminación alguna por motivo de orientación sexual o identidad de género**⁷. (El resaltado es propio).

2. La acción de inconstitucionalidad abstracta contra la Ley 807

11. El 13 de octubre de 2016, a cinco meses de haberse adoptado la Ley 807, un grupo de assembleístas nacionales presentó ante el TCP una acción de inconstitucionalidad abstracta contra los Arts. 1, 3.2, 4.II, 7, 8, 9 en la frase “cambio de datos de sexo”, 10, 11.II, 12.I y Disposición Final Primera de la mencionada norma.
12. El 22 de febrero de 2017, el órgano que generó la norma impugnada (Asamblea Legislativa Plurinacional), presentó ante el TCP su escrito de alegaciones en defensa de la constitucionalidad de la Ley 807, señalando, entre otras cosas, lo siguiente:

4) La evolución internacional a través de tratados e instrumentos derivados de los Tribunales y Órganos Internacionales de derechos humanos, ha desarrollado y reconocido la realidad de las personas transexuales y transgénero, discriminadas en el ejercicio de sus derechos. De esta manera, la identidad de género es reconocida como condición del ser humano y no puede ser un obstáculo para el ejercicio pleno de sus derechos (...) 9) En el marco del art. 9 de la CPE, el Estado debe crear las condiciones que le garanticen a cada persona el desarrollo de una vida digna, con pleno respeto del orden público e institucional y pleno goce y ejercicio de los derechos esenciales (...)14) La acción planteada sugiere que hay un colectivo afectado en su dignidad por la Ley de Identidad de Género, pero no sostiene de forma objetiva de qué modo la lesiona. Por el contrario, contiene expresiones discriminatorias (...) 15) En el marco del principio de progresividad, el Estado no solo debe generar una mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos en constante evolución, sino que no puede adoptar medidas regresivas, y declarar la inconstitucionalidad de una ley que garantiza

⁶ Ídem.

⁷ CIDH. "CIDH saluda avances en materia de derechos humanos de las personas LGBTI", 16 de agosto de 2016, en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/116.asp>

derechos a sectores vulnerables implica una regresión de los derechos que la norma ha garantizado, conforme al art. 13.I de la CPE...⁸

13. El 9 de noviembre de 2017, mediante sentencia constitucional plurinacional 76/2017⁹ (sentencia 76/2017), el TCP decidió la acción. La decisión, polémica por su construcción, fundamentos y fallo, declaró la **inconstitucionalidad del Art. 11.II**, la **constitucionalidad sujeta a interpretación del Art. 10**, y la constitucionalidad de los Arts. 1, 3.2, 4.II, 7, 8, 9 en la frase “cambio de datos de sexo”, 12.I y de la Disposición Final Primera de la LIG.
14. El hoy derogado¹⁰ **Art. 11.II** señalaba: "El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida". La derogación supuso, naturalmente, que las personas amparadas por la Ley 807 quedaron impedidas de "ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales".
15. El 13 de noviembre de 2017, a solicitud del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia y también Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el TCP adoptó el auto constitucional aclaratorio 28/2017-ECA, que, como se explicará más adelante, no reparó en su totalidad los efectos negativos producidos por la sentencia 76/2017.
16. Como consecuencia de ambas resoluciones del TCP, se ha operado una injustificada regresión¹¹ respecto al ejercicio de los derechos de las personas amparadas por la LIG en los siguientes términos: 1) estas personas ya no pueden ejercer la totalidad de los derechos, especialmente en los contextos del matrimonio, la adopción y la participación política; 2) la confidencialidad del cambio de identidad de género ya no está garantizada; 3) las personas que antes de la sentencia 76/2017 ejercieron todos sus derechos fundamentales, quedaron

⁸ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 76/2017 de 9 de noviembre de 2017.

⁹ Ídem.

¹⁰ Conforme al CPCo, una sentencia de inconstitucionalidad tiene efectos derogatorios sobre la norma que recae tal declaración.

¹¹ Las determinaciones del TCP generan una inaceptable regresión que es contraria a la naturaleza de progresividad de los derechos fundamentales, como lo establecen los Arts. 13.I de la CPE y 1 del Protocolo de San Salvador. En el primer caso, el Art. 13.I de la Constitución señala: "Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y **progresivos**. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos". En el segundo caso, el Art. 1 (Obligación de Adoptar Medidas) del Protocolo de San Salvador señala: "Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, **a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo**". Más adelante, el Art. 15.2 del protocolo tutela el derecho de "toda persona... a constituir familia".

después de la emisión de la decisión judicial en un limbo de incertidumbre e inseguridad jurídica.

3. La declaración de inconstitucionalidad sobre el Art. 11.II

17. En primer lugar nos referiremos a la declaración de inconstitucionalidad que recayó sobre el Art. 11.II de la LIG, especialmente en los contextos del derecho a fundar o constituir una familia y de la adopción¹².

3.1. El fundamento central de la inconstitucionalidad del Art. 11.II

18. Los fundamentos del TCP para declarar la inconstitucionalidad del Art. 11.II son tan incorrectos como peculiares. Según establece el Código Procesal Constitucional (CPCo), una norma solo puede ser declarada inconstitucional cuando es contraria a la Constitución¹³. Agrega el código, que el TCP debe fundar la inconstitucionalidad en "la vulneración de cualquier precepto constitucional"¹⁴.
19. En el caso examinado, en ninguna parte de la sentencia 76/2017 el TCP demuestra objetivamente que el Art. 11.II de la LIG sea contrario a algún *precepto específico* de la Constitución Política del Estado (CPE). La razón del TCP para determinar la inconstitucionalidad del mencionado artículo **no fue una incompatibilidad normativa con la Constitución, sino la supuesta ausencia y necesidad de "un debate democrático [sobre el contenido y alcance de la disposición cuestionada] que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto, esto es Asamblea Legislativa, organizaciones sociales, civiles, públicas como privadas y otras que así corresponda"**.
20. Ahora bien, nosotros entendemos que en ciertos contextos, una observación al proceso de discusión y adopción de una norma que no hubiera sido suficientemente debatida antes de su adopción, podría determinar la inconstitucionalidad de la misma, pero no en todos los casos.
21. Por ejemplo, una norma que pudiera afectar a los pueblos indígenas y que hubiera sido adoptada sin antes haberse realizado el proceso de consulta previa, libre e informada con

¹² Las consideraciones que formulemos en este punto valen para el resto de los temas abordados en la presente comunicación.

¹³ Código Procesal Constitucional. Art. 72 (Objeto) Las Acciones de Inconstitucionalidad son de puro derecho y tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de toda norma jurídica incluida en una Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial que sea contraria a la Constitución Política del Estado, a instancia de las autoridades públicas señaladas en el presente Código.

¹⁴ Ídem. Art. 77 (Contenido de la sentencia) El Tribunal Constitucional Plurinacional fundará la sentencia de inconstitucionalidad en la vulneración de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en la Acción interpuesta.

las comunidades concernidas; o que ese proceso hubiera sido distorsionado; o que, habiéndose realizado la consulta, ésta hubiera seguido procedimientos inapropiados, en todos estos casos específicos sí creemos que el TCP tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de la norma aprobada inconsultamente. La CPE (Art. 30) y los instrumentos internacionales de la materia establecen que las medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas deben ser consultadas con los interesados en su proceso de elaboración, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas (Art. 6 del Convenio 169 de la OIT). Consiguientemente, reiteramos, en situaciones como las descritas y dentro de ese particular contexto, sí podría justificarse un fundamento como el invocado por el TCP en la sentencia 76/2017, es decir, uno basado en la supuesta ausencia de un "debate democrático".

22. Pero el caso de la sentencia 76/2017 es diferente porque no existe un solo elemento en la decisión del TCP que demuestre que la adopción de la LIG no hubiera sido precedida de un debate social o democrático, debate que, como los reseñamos en el acápite 1 *supra*, duró cuando menos ocho años.
23. Nos preguntamos, por otro lado, si el TCP tiene la potestad de calificar la "calidad" del *debate democrático* que precede la adopción de una norma jurídica. En nuestro juicio la respuesta sería afirmativa en ciertos casos concretos, como el citado antes —de la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas—. En otros ámbitos (en la mayoría), en cambio, el TCP no tiene atribuciones para calificar la calidad de ese debate si es que el procedimiento legislativo para la aprobación de una ley ha seguido todos los pasos establecidos en la Constitución (Arts. 162-164) y en los reglamentos camarales. Si esos pasos fueron cumplidos, entonces el TCP no puede atribuirse el papel de un censor del debate público o ciudadano. En el caso que nos concierne, el TCP actuó más como un *tribunal moral* que como una *corte de justicia*.

3.2. Recepción del derecho internacional

24. En su última decisión polémica de 2017 (sentencia constitucional plurinacional 84/2017¹⁵) —adoptada a 35 días de concluir su gestión—, el TCP determinó que el Presidente Evo Morales y el Vicepresidente Álvaro García podrán postularse por cuarta vez continua a las máximas magistraturas del Estado. No nos referiremos en absoluto al fondo de esa decisión judicial, pero sí rescatamos de la misma sus fundamentos teóricos relacionados con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).
25. En efecto, uno de los principales pilares para sostener el fallo de dicha sentencia fue la aplicación preferente del DIDH sobre el derecho interno (por imperio de los artículos constitucionales 13, 256 y 410). En aquella oportunidad, el TCP hizo una exposición muy lúcida de cuestiones teóricas fundamentales, entre ellas la aplicación del bloque de

¹⁵ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 84/2017 de 28 de noviembre de 2017.

constitucionalidad, del bloque de convencionalidad, del control de convencionalidad y del principio de favorabilidad.

26. Curiosamente, en la sentencia 76/2017 que nos ocupa, el TCP prescindió de esos razonamientos y fundamentos jurídicos que son imprescindibles en la resolución de casos complejos y novedosos para una sociedad. En circunstancias y con aspectos como los debatidos en la sentencia 76/2017, un verdadero control de convencionalidad resultaba ineludible; no obstante, el TCP solamente hizo menciones superficiales y obvias¹⁶ sobre algunos instrumentos internacionales de derechos humanos y otros documentos de las Naciones Unidas.
27. Pero, en el momento en que sí era necesario contrastar con el DIDH la disposición de la LIG que terminaría siendo declarada inconstitucional (Art. 11.II), el TCP miró a otro lado. En efecto, el acápito III.4.6 de la sentencia, que trata sobre el "*juicio de constitucionalidad del Art. 11.II de la Ley de Identidad de Género*", no contiene, en ninguno de sus 14 párrafos y 916 palabras, una sola referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos, a las decisiones de sus cortes u órganos de supervisión, ni a nada que tenga que ver con el DIDH.
28. Esta postura nada consistente causa extrañeza, por decir lo menos, teniendo en cuenta que en la antes mencionada sentencia 84/2017, el TCP señaló literalmente lo siguiente:

en especial los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, se encuentran obligados a realizar el control de convencionalidad¹⁷ en el conocimiento de las causas sometidas a su conocimiento, aun en el caso en que dichas facultades no se encuentran establecidas de manera expresa en el ordenamiento jurídico nacional, lo cual deviene de compromisos internacionales al haber suscrito y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en observancia del principio *pacta sunt servanda*¹⁸. (El resaltado es propio).

29. De igual modo, en la citada sentencia 84/2017 y en muchas otras, el TCP siempre recurrió al *derecho comparado* para apoyar sus fundamentos legales. Recordamos, entre otras, que en

¹⁶ En relación con cuestiones que, a estas alturas, ya no requieren ser respaldadas con estándares internacionales.

¹⁷ El TCP ha definido el control de convencionalidad de la siguiente manera:

... el control de constitucionalidad, implica la labor de verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de las leyes –sentido amplio–, con las normas de la Constitución Política del (...) De su lado, **el control de convencionalidad**, entraña igual faena; empero, respecto de la mismísima Constitución Política del Estado, así como de las leyes, decretos, reglamentos y demás resoluciones, **en relación a los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos**; en el caso boliviano, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y si emergente de dicha contrastación se advierte la existencia de incompatibilidad entre las normas de la Constitución y demás disposiciones infraconstitucionales con los términos de dicha Convención, corresponde igualmente la aplicación preferente de una norma favorable sobre otra. (El resaltado es propio).

TCP. Sentencia constitucional plurinacional 84/2017 de 28 de noviembre de 2017.

¹⁸ Ídem.

la sentencia 1250/2012¹⁹ que declaró la inconstitucionalidad del delito de desacato, el TCP invocó la legislación de Argentina, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay que había eliminado dicha figura penal. Igualmente, en sentencias constitucionales como la 1113/2017-S3, la 0700/2016-S1, la 0971/2017-S2 y decenas de otras, el TCP invocó la jurisprudencia de cortes y tribunales supremos y constitucionales de Colombia, Perú, España, Alemania, etc. ¿Y qué pasó entonces con la sentencia 76/2017 respecto al cargo de inconstitucionalidad del Art. 11.II de la LIG?, ¿por qué no se recurrió al DIDH y al derecho comparado cuando se trató ese cargo de inconstitucionalidad? ¿Será porque en esos Derechos (internacional y comparado) no existen normas ni estándares que tutelen los derechos de la población LGBTI?

30. Por supuesto que esta última no es la respuesta correcta, al contrario, como lo acaba de demostrar la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva 24 de 24 de noviembre de 2017 (OC-24/2017)²⁰. En esta opinión, recientemente ponderada por el **Experto Independiente**²¹ y a la que nos referiremos con detenimiento más adelante, la Corte IDH planteó todo el marco jurídico del que se iba a servir para fundamentar su decisión²², metodología que también debió ser seguida por el TCP. ¿Negligencia?, ¿impericia?, ¿desconocimiento?, ¿mojigatez?, ¿ortodoxia religiosa?

¹⁹ Cf. TCP. Sentencia constitucional plurinacional 1250/2012 de 20 de septiembre de 2012.

²⁰ Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. (Corte IDH. OC-24/17)

²¹ Cf. "Orientación sexual e identidad de género: Experto de la ONU saluda histórica opinión legal emitida en las Américas". Ginebra, 12 de enero de 2018.

²² De inicio, la Corte IDH señaló que

59. (...) [en] virtud de la materia sometida a consulta, ... tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes en que sean parte los Estados americanos... En adición, ... considerará las obligaciones aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema adoptados a nivel internacional.

60. En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por las normas que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes. Al respecto, corresponde precisar que el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente. Asimismo, la Corte se basará en su propia jurisprudencia.

Corte IDH. OC-24/17, párr. 59 y 60.

¿transfobia?... ¿Qué fue lo que motivó o provocó que el TCP no aplicara correctamente el control de convencionalidad en todos los puntos tratados en la sentencia 76/2017?

3.3. La sentencia constitucional 76/2017 a la luz de la OC-24/2017 y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

31. Transcribimos los fundamentos de la sentencia constitucional 76/2017 con los que se declaró la inconstitucionalidad del Art. 11.II, para luego comentarlos. El punto (3) ("iii. Sobre los criterios de paridad y equidad de género en procesos electivos") de esos fundamentos será tratado en forma independiente en el punto 4 *infra*.

III.4.6. Del juicio de constitucionalidad del art. 11.II de la Ley de Identidad de Género

El citado artículo prescribe: "II. El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida".

En este punto es donde la parte accionante centra como cargos de inconstitucionalidad lo siguiente:

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

En primera instancia cabe resaltar que el "riesgo" identificado por la parte accionante de lo regulado por el artículo en cuestión 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.

En este punto la parte accionante hace hincapié en dicha finalidad como aquella que define al matrimonio, resaltando la perpetuación de la especie humana a través de la procreación que deviene de la complementariedad biológica del hombre y de la mujer, como el fin último y horizonte del matrimonio, sobre el que abunda en citas doctrinales y razonamientos, refiriéndose también de manera análoga y casi tangencial al caso de las uniones libres o de hecho.

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.

El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen es únicamente en el marco del objeto de la Ley de Identidad de Género, pues únicamente ese conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad, respecto de su identidad de género en franco ejercicio de su derecho a la libre personalidad jurídica, permite que la persona en ejercicio de su identidad de género -que se vive interna e individualmente- ejerza "... todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...", es contrario al orden constitucional que establece el instituto jurídico del matrimonio entre un hombre y una mujer y de uniones libres o de hechos que produzcan los mismos efectos que el matrimonio civil (art. 63.I y II de la CPE), porque permitir el ejercicio absoluto de este derecho -identidad de género- cuando el mismo se refiere solamente al ejercicio del fuero interior o vivencia individual en franco ejercicio de su derecho a la libre personalidad jurídica mientras no afecte el derecho de terceros sería validar un fin contrario al que la propia norma definió como su objeto. Correspondiendo más bien que el Estado realice el desarrollo

normativo y regule el ejercicio de otros derechos en resguardo del derecho de terceros que pudieren ser afectados con los mismos.

De esta forma, el carácter absolutista de esta norma la torna en inconstitucional en su frase “permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...”, respecto que el ejercicio de identidad de género no significa el ejercicio absoluto de los derechos fundamentales como el derecho a contraer matrimonio o uniones libres o de hecho, es reconocido constitucionalmente únicamente entre un 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 individualidad.

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

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

El reconocimiento del derecho a la identidad de género, supone como se mencionó, una garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que involucra el respeto de los proyectos de vida de quienes voluntariamente asumen una identidad de género que no coincide con su dato de sexo biológico.

Sin embargo, como todo derecho, el mismo no es absoluto, y encuentra límites legítimos a su ejercicio, en el respeto que debe garantizarse a los derechos de terceros, como es el caso de los niños, niñas o adolescentes sujetos pasivos de adopción.

Así, si bien la ley no exige que en la calificación de un adoptante se acredite que la persona sea cisgénero (dato de sexo biológico coincidente con su identidad de género), en el caso de las personas que tramitaron su cambio de nombre y dato de sexo de sus documentos de identificación y otros, su derecho a no ser discriminado en razón de dicha identidad, en los trámites de adopción deberán ser regulados por una ley especial sancionada por la Asamblea Legislativa Plurinacional, como ley de desarrollo, en vista de que el reconocimiento de dicha facultad, merece un mayor debate y justificación de que ello, no atente contra el principio de interés superior del niño, niña o adolescente.

Así, se concluye que sobre este punto apremia un debate democrático que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto, esto es Asamblea Legislativa, organizaciones sociales, civiles, públicas como privadas y otras que así corresponda²³.

32. A continuación analizamos estos fundamentos a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
33. Primero, el argumento de los accionantes para pedir la inconstitucionalidad del Art. 11.II fue básicamente que la finalidad del matrimonio es la procreación. En ninguna parte de este acápite de fundamentos jurídicos el TCP discrepa con los accionantes, lo que hace suponer que el tribunal comparte esos argumentos de alegación y termina haciéndolos suyos para respaldar su decisión de inconstitucionalidad del Art. 11.II de la LIG.

²³ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 76/2017 de 9 de noviembre de 2017.

34. La aparente posición del TCP es simplemente regresiva y retrógrada pues, de ninguna manera, en pleno Siglo XXI, se puede considerar que el fin del matrimonio sea la procreación. De ser así, qué pasaría con las parejas heterosexuales que no deseen tener hijos; o con las que no puedan concebirlos. ¿No podrían casarse ni fundar una familia?
35. La Suprema Corte de Justicia de México, en una sentencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos toma como ejemplo positivo en su OC-24/2017, señaló con referencia a la normativa de las entidades federativas del Estado mexicano que "... [l]a ley... que... considere que la finalidad de[l] [matrimonio] es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional"²⁴.
36. La Corte IDH resalta los fundamentos de la Suprema Corte mexicana:

206... **pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial o con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso a dicha institución a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales.** La distinción fue considerada discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. **Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como "entre un solo hombre y una sola mujer".** La Suprema Corte estimó que dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión y "recordó que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual"²⁵. (El resaltado es propio).

37. Segundo, para los accionantes, como para el TCP —que no contradujo ni objetó los argumentos de aquellos—, el orden constitucional establece que el instituto jurídico del matrimonio solo puede entablarse "entre un hombre y una mujer", así como las uniones libres o de hecho que produzcan los mismos efectos que el matrimonio civil.
38. Nadie niega que en el texto de la CPE 2009 se lee que en Bolivia el matrimonio se da "entre una mujer y un hombre" (Art. 63), pero no olvidemos que, frente a normas como ésta, la Corte Interamericana acaba de recordarnos que

174... la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria. Es así como esta Corte ha considerado 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 Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo legal. Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por "familia". Sobre el particular, la Corte ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma.

²⁴ Corte IDH. OC-24/17, párr. 206.

²⁵ Ídem.

(...)

177. Sin perjuicio de su importancia trascendental, la Corte 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...

(...)

179. Para el Tribunal, no existe duda de que –por ejemplo– una familia monoparental debe ser protegida del mismo modo que dos abuelos que asumen el rol de padres respecto de un nieto. En el mismo sentido, indiscutiblemente la adopción es una institución social que permite que, en determinadas circunstancias, dos o más personas que no se conocen se conviertan en familia. Asimismo, **en concordancia con lo expresado en el Capítulo VII de esta opinión, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual. Todas estas modalidades requieren de protección por la sociedad y el Estado, pues como fue mencionado con anterioridad (supra párr. 174), la Convención no protege un modelo único o determinado de familia.**

(...)

182. En este sentido, con respecto al artículo 17.2 de la Convención, 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 esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana²⁶. (El resaltado es propio).

39. La Corte IDH llegó a estas conclusiones basándose en una "interpretación viva del derecho", que muy bien pudo (y debió) seguir el TCP frente al Art. 63 de la Constitución boliviana. En lugar de ello, nuestro tribunal interpretó dicho artículo desde una postura anacrónica. La Corte Interamericana, por el contrario, enfocó su interpretación desde la realidad social y jurídica que corresponde, afirmando que

187... los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. De este modo, la interpretación evolutiva confluye con la observancia del objeto y fin de la Convención Americana. Como fue establecido con anterioridad (supra párr. 58), la interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

(...)

189. 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 Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna.

²⁶ Ídem, párr. 174, 177, 179 y 182.

(...)

191. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra 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. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.

192. Por estas razones, la Corte coincide con su par Europeo en cuanto a que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual. Asimismo, como ya se indicó, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual (supra párr. 179). El Tribunal estima importante destacar que con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada²⁷. (El resaltado es propio).

40. Tercero, y ligado al punto anterior, el DIDH ha avanzado no solamente jurisprudencial o interpretativamente, también lo ha hecho normativamente en la conceptualización del derecho a fundar o constituir una familia, aspecto que debió ser considerado por el TCP, lo que no sucedió.
41. Si bien los primeros tratados internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, señalan que "[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia"²⁸, los instrumentos posteriores, también normas que integran el bloque de constitucionalidad boliviano, no mencionan los términos "hombre" ni "mujer". Por ejemplo, el Art. 15 (Derecho a la Constitución y Protección de la Familia) del Protocolo de San Salvador señala: "2. **Toda persona** tiene derecho a constituir familia..."
42. Cuarto, está claro, por regla general, que el ejercicio de los derechos humanos no es absoluto, que puede limitarse. Esto no implica, sin embargo, que la limitación que se imponga al ejercicio de un derecho lo vacíe de contenido, es decir, que impida que ese derecho pueda ejercerse o realizarse del todo. Esto último, sin embargo, ocurre con el planteamiento de los accionantes y con la determinación del TCP respecto al derecho al matrimonio y a fundar o constituir una familia, o al instituto de la adopción.
43. En su OC-24/2017, la Corte IDH señaló que

²⁷ Ídem, párr. 187, 189, 191 y 192.

²⁸ CADH. Art. 17 (2).

198... 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 este Tribunal, **las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales así como otros internacionalmente reconocidos**. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.

199. En virtud de lo arriba descrito (...) la Corte concluye 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 heterosexuales²⁹. (El resaltado es propio).

44. En resumen, partiendo de lo glosado, *especialmente de lo último*, si el derecho interno boliviano reconoce a las parejas heterosexuales el derecho de fundar o constituir una familia y el derecho a casarse, entonces debe hacer lo mismo respecto a las parejas no heterosexuales.
45. En la misma línea de estas conclusiones, la Corte IDH ha formulado varias otras afirmaciones que conviene tener presentes, como que "[e]l Estado debe asegurar que los individuos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas"³⁰; que "las personas en su diversidad de orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género deben poder disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida"³¹; que "ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género"³²; o que "[u]n derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie, y bajo ninguna circunstancia, con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género"³³.

²⁹ Corte IDH. OC-24/17, párr. 198 y 199.

³⁰ Ídem, párr. 101.j)

³¹ Ídem, párr. 104.

³² Ídem, párr. 78.

³³ Ídem, párr. 84.

46. En igual sentido, el *Experto Independiente* ha señalado, a propósito de la OC-24/2017, que

[l]a Corte [Interamericana de Derechos Humanos] también reconoció que la Convención Americana protege los lazos familiares entre personas del mismo sexo y que **la protección se extiende a garantizar que las parejas del mismo sexo tengan acceso, sin excepción, a todas las formas de reconocimiento legal de las relaciones y formas de familia disponibles para parejas heterosexuales**³⁴. (El resaltado es propio).

47. Quinto, con relación a la inconstitucionalidad del Art. 11.II en el marco de la adopción de niños/as (punto *ii.* del acápite III.4.6.), nuevamente el TCP no observa la condición *sine quanon* para que una norma pueda ser declarada inconstitucional, es decir, que sea "contraria a la Constitución Política del Estado" (Art. 72 CPCo), que se verifique "una vulneración de cualquier precepto constitucional" (Art. 77 CPCo).

48. El TCP alude en sus fundamentos al principio de "interés superior del niño", que efectivamente es un principio constitucional (Art. 60 de la CPE), pero de ninguna manera sus argumentos muestran cómo, en qué forma se vulneraría dicho principio en el caso de que uno o los dos padres adoptantes sean personas amparadas por la LIG. La vacilación del TCP es tal, que titula el acápite en el que trata esta problemática como "*la **eventual** transgresión del principio de interés superior del niño en casos de adopción*", siendo, como lo acabamos de ver, que el CPCo exige como requisito para la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición legal, la certeza de que la misma vulnera un precepto constitucional (Art. 77 CPCo), la objetiva convicción de que la disposición en cuestión es "contraria a la Constitución Política" (Art. 72 CPCo), **no la eventualidad, no la mera posibilidad de aquello, no una simple conjetura.**

49. De otra parte, el TCP vuelve a prescindir en su análisis jurídico de los desarrollos del derecho comparado en materia de adopción de niños en el contexto que discutimos. El TCP pudo haber recurrido al Derecho más progresista y contemporáneo de otras jurisdicciones, como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México. Hace apenas un año, la Comisión Interamericana celebró y valoró como un avance importante una tesis de jurisprudencia de dicha Corte en los siguientes términos:

Por su parte la tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana de 27 de enero de 2017 establece que "**la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse... a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres, pudiendo tratarse de niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos**, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear". La Comisión celebra estos avances para proteger los diversos tipos de familia e insta a los

³⁴ "Orientación sexual e identidad de género: Experto de la ONU saluda histórica opinión legal emitida en las Américas". Ginebra, 12 de enero de 2018.

Estados de la región a la adopción de medidas legislativas y/o de cualquier otra índole para reconocer los derechos de los distintos tipos de familia dentro de sus jurisdicciones³⁵.

3.4. Auto constitucional 28/2017-ECA a la luz de la OC-24/2017 y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

50. A continuación transcribimos y comentamos la aclaración que hace el TCP sobre la inconstitucionalidad del Art. 11.II de la LIG (las consideraciones del TCP sobre los derechos políticos se abordan en el punto 4 *infra*).

II.1.2. Con relación al art. 11.II de la Ley de Identidad de Género

La SCP 0076/2017 relleva el respeto y cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación de la población transgénero y transexual en Bolivia, principio que además es la base del fallo constitucional para establecer la constitucionalidad de los arts. 1, 3.2, 4.II, 7, 8, 9 en la frase "cambio de datos de sexo", 10, 12.I y de la Disposición Final Primera de la Ley de Identidad de Género, pues sobre dicha base y en aplicación del contenido de la Constitución Política del Estado que prohíbe toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo y además en consideración a las declaraciones y resoluciones de organismos internacionales, es que la referida Sentencia Constitucional Plurinacional, reconoce el derecho a la identidad de género, sin que de manera alguna niegue o desconozca derechos políticos, laborales, civiles, económicos o sociales de quienes asuman un cambio de identidad de género.

En efecto, la SCP 0076/2017 declara la constitucionalidad del objeto de la Ley de Identidad de Género, precisamente en resguardo del derecho a la autoidentificación de género, lo que a su vez conlleva a que quienes han optado por el cambio de identidad de género lo hacen como una expresión de su libre determinación de la voluntad y el derecho a decidir la orientación sexual y/o identidad de género; en consecuencia, pueden cambiar de identidad de género y ejercer libremente los derechos y actividades inherentes a la persona como contratar, mantener relaciones laborales, recibir instrucción o educación, a sufragar y cualquier otro derecho que -se reitera- sea inherente al ser humano como persona.

En ese sentido, debe aclararse que la Sentencia en ningún momento restringe los derechos que las personas por su propia condición de ser humano tienen proclamados en la Constitución Política del Estado, esto es, los derechos civiles y políticos como elegibles o electores, o aquellos que nacen de las relaciones civiles privadas o comerciales, los derechos a la salud, al trabajo, o de propiedad, sino que la inconstitucionalidad tiene como base las circunstancias donde el cambio de género puede dar lugar a la afectación de los derechos de terceros y el interés colectivo.

Así, se denota el respeto y cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación no solo de la población transgénero y transexual en Bolivia, sino de todos los estantes y habitantes del país fundándose en ese entendimiento el contenido de la Norma Suprema que prohíbe toda forma de discriminación, aclarándose en consecuencia que la SCP 0076/2017, reconoce y declara la constitucionalidad del derecho a la identidad de género, sin que de manera alguna el establecer la constitucionalidad sujeta a interpretación, desarrollada en el fallo respecto al art. 10.II y la inconstitucionalidad de la frase "...permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales,

³⁵ CIDH. "CIDH saluda avances regionales en materia de derechos humanos de las personas LGBTI en América". Comunicado de prensa No. 028/17, 10 de marzo de 2017, en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/028.asp>

políticos, laborales, civiles y económicos y sociales...” del párrafo II del art. 11 de la Ley de Identidad de Género, hubiesen desconocido o negado derechos políticos, laborales, civiles, económicos o sociales de quienes asuman un cambio de identidad de género.

Al contrario, la SCP 0076/2017, al declarar la constitucionalidad de los arts. 1, 3.2, 4.II, 7, 8, 9 en la frase “cambio de datos de sexo”, 10, 12.1 y de la Disposición Final Primera de la Ley de Identidad de Género, denotó el derecho constitucional que tienen quienes han optado por el cambio de identidad de género como una expresión de su libre determinación de la voluntad y el derecho a decidir la orientación sexual y/o identidad de género, ello implica a su vez, el ejercicio de los derechos y actividades inherentes al ciudadano independientemente de su identidad de género, lo que no ocurre con derechos que afecten al interés colectivo y que estén condicionados o emerjan de la condición biológica o de la identidad de hombre o mujer, conforme lo establece la propia Norma Suprema.

En ese mismo contexto, sobre la validez de los actos cumplidos es preciso aclarar que conforme lo dispone el art. 4 del CPCo, se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad, por su parte el art. 14 del CPCo establece que la Sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma del ordenamiento jurídico no dará lugar a la revisión de sentencias que tengan calidad de cosa juzgada, ni a la revisión de los actos realizados con la norma cuando se presumía constitucional. En consecuencia, los actos ejercidos como efecto del cambio de identidad de género, antes de la notificación con la SCP 0076/2017 tienen la validez que les reconoce la referida norma³⁶.

51. Primero, la aclaración del TCP en sentido de que las personas amparadas por la LIG pueden ejercer todos los derechos constitucionales por ser "seres humanos" es verdad, aunque una de Perogrullo. Esta aclaración es, al mismo tiempo, un retroceso jurídico que pone en cuestión la protección de los derechos humanos de todas las minorías y poblaciones en situación de vulnerabilidad, cuya historia de discriminación y desprotección ha requerido que los legisladores nacionales e internacionales adopten, desde hace décadas, normas específicas y otras medidas necesarias para promover el efectivo ejercicio de los derechos humanos (acción afirmativa, trato preferencial, interés superior, sistemas de cupos o cuotas, etc.).
52. Con el razonamiento del TCP, muchos instrumentos del DIDH, normas integrantes del bloque de constitucionalidad boliviano, perderían todo sentido. En esa situación tendríamos a la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW), a la *Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, a la *Convención sobre los Derechos del Niño*, a la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, a la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer* ("Convención de Belém do Pará"), a la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, por citar seis ejemplos, seis de los más importantes tratados de derechos humanos de los que Bolivia es parte.
53. Con el mismo razonamiento del TCP, normas y secciones completas de la Constitución boliviana también quedarían sobrando, como el Capítulo Cuarto - *Derechos de las naciones*

³⁶ TCP. Auto constitucional 28/2017-ECA de 13 de noviembre de 2017.

y pueblos indígena originario campesinos; la sección V - *Derechos de la niñez, adolescencia y juventud*; la sección VII - *Derechos de las personas adultas mayores*; la sección VIII - *Derechos de las personas con discapacidad*; o la sección IX - *Derechos de las personas privadas de libertad*, pues finalmente todas estas personas son "seres humanos" que ya están protegidas por las disposiciones constitucionales que reconocen derechos generales.

54. Segundo, el TCP reafirma en el auto aclaratorio que en el contexto del matrimonio o de la adopción, donde participan personas amparadas por la LIG, se puede afectar el interés de terceros o el interés colectivo, **sin explicar ni aclarar cómo exactamente, en qué medida o hasta qué punto se darían tales afectaciones**. La falta de argumentos objetivos y razonables revela no una supuesta preocupación por los intereses de terceros o de la colectividad, sino una vacilación frente a temas que evidentemente dividen la opinión de la sociedad, **pero eso no es suficiente como razón jurídica, mucho menos como criterio constitucional, para restringir o, más bien, para suprimir derechos**.

55. A este respecto, la Corte Interamericana ha puntualizado que

83. la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, **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 estos grupos o personas han sufrido**³⁷. (El resaltado es propio).

56. En la sentencia constitucional 76/2017 y en el auto constitucional 28/2017-ECA se revela justamente este "argumento inválido", totalmente injustificado y opuesto al enfoque de la Corte IDH, que también ha señalado sobre el particular que quien decide asumir una construcción de la identidad de género auto-percibida,

es titular de intereses jurídicamente protegidos, **que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables**³⁸. (El resaltado es propio).

57. Lo único que ha logrado la declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 11.II ha sido, en palabras de la Corte IDH, "*envía[r] un mensaje generalizado de que [las] personas que se aparten de [los] estándares 'tradicionales'*³⁹ *no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos*"⁴⁰. Grave retroceso jurídico y social para Bolivia.

³⁷ Corte IDH. OC-24/17, párr. 83.

³⁸ Ídem, párr. 95.

³⁹ Cisnormativos y heteronormativos.

⁴⁰ Corte IDH. OC-24/17, párr. 97.

58. Tercero, respecto a la aclaración del TCP sobre la validez de los **"actos cumplidos"**, de los **"actos realizados"** o de los **"actos ejercidos"**, en principio la clarificación es plausible, pero insuficiente frente a la realidad y a una serie de situaciones que hoy podrían presentarse como hipotéticas, pero mañana como reales.
59. Si bien, a partir de la aclaración realizada por el tribunal, el Estado y la sociedad deben reconocer, por ejemplo, un matrimonio civil con la participación de un contrayente amparado por la LIG celebrado después de la entrada en vigor de dicha ley y antes del 9 de noviembre de 2017⁴¹, otras situaciones y actos jurídicos que emergen de la relación matrimonial quedan en la incertidumbre o en la inseguridad de si serán o no reconocidos jurídicamente.
60. Esta incertidumbre se genera por el hecho de que la aclaración del TCP parece referirse únicamente a los actos jurídicos "cumplidos", "realizados" o "ejercidos", no a los actos que podrían desencadenarse como consecuencia de ellos. En tal sentido, en el ejemplo del matrimonio, el derecho del cónyuge transexual/transgénero a la mitad de los bienes gananciales en caso de disolución del vínculo matrimonial podría ponerse en cuestión; o el derecho del cónyuge transexual/transgénero supérstite respecto a la masa hereditaria del cónyuge fallecido, que podría ser reclamada exclusivamente por los familiares de este último⁴²; o el derecho de un cónyuge cisgénero de inscribir a su esposo/a transexual/transgénero como dependiente suyo en los entes gestores de la seguridad social, etc., etc.
61. En todos estos ejemplos, nos referimos a situaciones y a actos jurídicos aun "no cumplidos", "realizados", "ni ejercidos", que correrán el riesgo de nunca cumplirse, realizarse o ejercerse si la interpretación que adopten otras autoridades bolivianas parte de un enfoque restringido, si no transfóbico, discriminatorio o simplemente conservador.

3.5. La formación del DIDH

⁴¹ Varios matrimonios se concretaron en ese periodo.

⁴² Código Civil Boliviano. Art. 1061 (Legítima del cónyuge). Si el difunto no deja descendientes ni hijo adoptivo, ni ascendientes, la legítima perteneciente al cónyuge es de las dos terceras partes del patrimonio; la tercera parte restante constituye la porción disponible que el de cujus puede destinar a liberalidades, sea mediante donaciones o mediante legados, en favor de sus parientes o extraños.

Art. 1062.- (Concurrencia del cónyuge con hijos). Si el difunto ha dejado uno o más hijos y cónyuge, la legítima de todos ellos y la porción disponible es la misma señalada en el artículo 1059.

Art. 1063.- (Concurrencia del cónyuge con ascendientes). Si el difunto ha dejado uno o más ascendientes y cónyuge, la legítima de todos ellos y la porción disponible son las señaladas en el artículo 1060.

62. Un pretexto que podría alegar el Estado para justificar a sus exmagistrados del TCP⁴³, sería que la OC-24/2017 es posterior (en 15 días) a la sentencia 76/2017. Ésta, sin embargo, sería una explicación débil porque las conclusiones a las que llegó la Corte IDH en su opinión consultiva no fueron producto de un criterio tomado en 15 días, sino una reflexión de muchos años de gobernantes, cortes de justicia, academia, ciudadanos, miembros del movimiento LGBTI y demás actores sociales en la región y el mundo. Y con todo respeto además, la opinión de la Corte IDH no se fundó en una revelación divina ni en una idea autoconcebida espontáneamente, sino en un número de normas (*hard law* y *soft law*) y estándares del Derecho Internacional que han ido desarrollándose y aplicándose en las últimas décadas.
63. Por otro lado, tampoco podría alegarse que nuestra sociedad boliviana, nuestro Derecho local o nuestras autoridades eran ajenos a las discusiones jurídicas de los últimos tiempos que se estaban dando en la región sobre los derechos de la población LGBTI, y aquí un dato importante. Luego de planteada a la Corte IDH la consulta solicitada por Costa Rica en mayo de 2016 (que motivó la adopción de la OC-24/2017), en agosto de ese mismo año el tribunal de San José invitó a todos los Estados miembros de la OEA a participar del debate regional. El Estado boliviano presentó sus respectivas observaciones; no solo eso, acudió con seis funcionarios a las audiencias públicas que se celebraron sobre el tema.
64. De otra parte, es crucial recordar que ya hace 16 años la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) había determinado que las personas transexuales son titulares, entre otros, del derecho a casarse. Si bien es cierto que la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos no es vinculante para la jurisdicción boliviana, no es menos cierto que en decenas de casos nuestro TCP se ha apoyado en los precedentes de Estrasburgo para sustentar sus propias decisiones⁴⁴, como también lo han hecho la Comisión, la Corte IDH y los órganos de tratados.
65. Como es de conocimiento del *Experto Independiente*, el 11 de julio de 2002, el TEDH declaró que el Reino Unido había violado, *inter alia*, el Art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁵ en perjuicio de la Sra. Christine Goodwin. Los hechos de este *leading case* se resumen así: Christine Goodwin era una persona transexual a la que se le había reasignado el sexo, de masculino a femenino. Goodwin tuvo problemas respecto a sus cotizaciones a la seguridad social porque, a efectos legales, continuaba siendo hombre y debía, en consecuencia, seguir cotizando hasta que cumpliera los 65 años, no los 60 como en el caso de las mujeres.

⁴³ Los magistrados que suscribieron la sentencia 76/2017 fueron reemplazados en enero de 2018 tras haber cumplido su periodo de funciones de seis años.

⁴⁴ Cf., entre otras, las sentencias constitucionales plurinacionales 12/2017- S1 de 2 de febrero de 2017, 1327/2016-S1 de 2 de diciembre de 2016, 5/2015 de 6 de febrero de 2015 y 953/2014 de 23 de mayo de 2014.

⁴⁵ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Art. 12 (Derecho a contraer matrimonio). A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

66. Luego de que la justicia británica fallara en contra de sus pretensiones y derechos, Christine Goodwin presentó la denuncia al sistema europeo, alegando la falta de reconocimiento jurídico de su nueva identidad de género y del estatuto jurídico de los transexuales en el Reino Unido. Denunció, específicamente, el maltrato que se le dispensaba en el ámbito laboral y de la seguridad social, así como la imposibilidad de casarse. Invocó, por tanto, la violación de los Arts. 8, 12, 13 y 14 del Convenio Europeo.
67. Por unanimidad, el Tribunal Europeo declaró que el Reino Unido había cometido "una infracción [al] artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos; ... [y] una infracción [al] artículo 12 (derecho a casarse y a fundar una familia); (...) y le conced[ió a Goodwin una reparación de] 39.000 euros por gastos y costas"⁴⁶.
68. Entre los fundamentos para concluir que se violó el Art. 12 del Convenio, el Tribunal Europeo expuso, *inter alia*, lo siguiente:

Ciertamente, el artículo 12 contempla expresamente el derecho de un hombre y una mujer a casarse, pero el Tribunal no está convencido de que actualmente se pueda seguir admitiendo que estos términos impliquen que se deba determinar el sexo según criterios puramente biológicos. Tras la adopción del Convenio, la institución del matrimonio se ha transformado profundamente por la evolución de la sociedad, y los avances de la medicina y la ciencia han supuesto cambios radicales en el ámbito de la transexualidad. El Tribunal ha constatado más arriba, en el ámbito del artículo 8, que la falta de concordancia de los factores biológicos en un transexual operado ya no puede constituir un motivo suficiente para justificar la negación a reconocer jurídicamente el cambio de sexo del interesado. Se han de tener en cuenta otros factores: el reconocimiento por parte de la comunidad médica y las autoridades sanitarias de los Estados firmantes del estado médico de confusión de la identidad sexual, la oferta de tratamientos - comprendidas las intervenciones quirúrgicas- que, supuestamente, permiten a la persona en cuestión aproximarse lo más posible al sexo al cual siente pertenecer y la adopción por ésta del papel social de su nuevo sexo.

El derecho a que se respete la vida privada garantizado por el artículo 8 no engloba, sin embargo, el conjunto de preguntas que se plantean en el campo del artículo 12, que menciona expresamente las condiciones impuestas por las leyes nacionales. Por tanto, el Tribunal ha estudiado si el hecho de que el Derecho nacional mantenga, a efectos del matrimonio, el sexo registrado en el nacimiento constituye en este caso una limitación que atente contra el fondo mismo del derecho al matrimonio. A este respecto, estima que es artificial afirmar que las personas que se hayan sometido a una intervención de cambio de sexo no se ven privadas del derecho al matrimonio, ya que, conforme a la ley, les resulta posible casarse con una persona del sexo opuesto al suyo anterior. En este caso, la demandante lleva una vida de mujer y desea únicamente casarse con un hombre. Ahora bien, no tiene la posibilidad de hacerlo. Puede, por tanto, quejarse de un atentado contra el fondo mismo de su derecho al matrimonio. Aunque el número de países que autorizan el matrimonio de transexuales bajo su nueva identidad sexual sea inferior al de Estados que reconocen la propia conversión sexual, el Tribunal no está convencido de que pueda confirmar la tesis según la cual los Estados firmantes deben tener la potestad absoluta de regular la cuestión en el marco de su margen de apreciación.

⁴⁶ TEDH. Caso Christine Goodwin v. Reino Unido. Sentencia 28957/95 de 11 de julio de 2002, (resumen elaborado por las Corte Generales de España), en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-162239"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Esto llevaría a concluir que el abanico de opciones abiertas a un Estado firmante puede llegar a prohibir en la práctica el ejercicio del derecho a casarse. El margen de apreciación no puede ser tan amplio. **Aunque corresponde al Estado firmante la determinación, en especial, de las condiciones que debe cumplir una persona transexual que reivindique el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que su conversión sexual se ha realizado correctamente y las formalidades aplicables a su futuro matrimonio (por ejemplo, la información que se debe facilitar a los futuros cónyuges), el Tribunal no encuentra razón alguna que justifique que los transexuales se vean privados en cualquier circunstancia del derecho al matrimonio. Concluye así que se ha infringido el artículo 12⁴⁷.** (El resaltado es propio).

4. La inconstitucionalidad del Art. 11.II en la dimensión de los derechos políticos

69. Como anunciamos *ut supra*, abordamos ahora de forma independiente la declaratoria de inconstitucionalidad sobre el Art. 11. II de la LIG y su impacto en los derechos políticos de las personas amparadas por dicha ley.

70. Sobre el punto, la sentencia 76/2017 señaló:

III.4.6. Del juicio de constitucionalidad del art. 11.II de la Ley de Identidad de Género

El citado artículo prescribe: “II. El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida”.

(...)

iii) Sobre los criterios de paridad y equidad de género en procesos electivos

Si bien la titulación del presente acápite no corresponde a un cargo de inconstitucionalidad manifestado por los ahora accionantes, este Tribunal consideró necesario evaluar si en el contexto anotado pueden surgir afectaciones a los derechos de terceros, a partir del reconocimiento del ejercicio pleno de todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida.

En ese sentido, cursan en antecedentes el Informe DNJ 360/2017 de 4 de julio, emitido por el Órgano Electoral Plurinacional, a través del cual dicha entidad expresa que el citado artículo al reconocer la vigencia de los derechos y obligaciones inherentes a la identidad de género asumida, también reconoce que “corresponde que en el ejercicio de su derecho político a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político reciban un tratamiento conforme a la nueva identidad adquirida, es decir, que la aplicación de los criterios de paridad y equidad de género en procesos electivos se aplicarán de conformidad a lo establecido en la normativa vigente, en tanto la persona se identifique como mujer o como hombre”.

Lo anterior da cuenta de que el Órgano encargado de la supervisión de todo proceso de formación, ejercicio y control del poder político reconoce la participación de las personas transgénero y/o transexuales de acuerdo a la identidad de género asumida, lo que en criterio

⁴⁷ Ídem.

de este Tribunal puede dar lugar a espacios de incertidumbre y desacuerdo, al tratarse de derechos cuya base parte del reconocimiento de una realidad pasada de vulneración de **derechos de otro grupo vulnerable como sucede con la población femenina en lo que respecta al régimen de cuotas de género, en tales procesos.**

En ese contexto, se concluye que sobre este punto apremia un debate democrático que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto, esto es Asamblea Legislativa, organizaciones sociales, civiles, públicas como privadas y otras que así corresponda⁴⁸. (El resaltado es propio).

71. El auto constitucional 28/2017-ECA no agregó nada significativo:

Finalmente, respecto al Fundamento Jurídico III.4.6.iii) sobre el ejercicio de los derechos políticos de las personas transgénero o transexuales y el juicio de constitucionalidad del art. 11.II de la Ley de Identidad de Género, la SCP 0076/2017 concluyó que sobre las consecuencias y efectos del cambio de la identidad de género requieren un debate democrático con los actores de la colectividad en su conjunto y la Asamblea Legislativa Plurinacional a fin de la regulación normativa correspondiente, tomando en cuenta los principios y valores proclamados en la Constitución Política del Estado⁴⁹.

72. En la fundamentación del TCP no existe un solo elemento que permita concluir que el derecho a la participación política o a ejercer un cargo de elección popular de una persona transexual/transgénero con nueva identidad de género sea incompatible con algún precepto específico de la Constitución.

73. El argumento del tribunal, de que el hecho de que una persona transexual/transgénero con nueva identidad de género ocupe un cargo de elección en una asamblea legislativa vaya en desmedro de los derechos de las mujeres y de sus reivindicaciones de cuota de género, es por demás débil e, incluso, conceptualmente "machista" en su formulación. ¿No se puso a pensar el TCP que la autoridad electa pudiera ser una persona cuyo sexo asignado al nacer fue el femenino y hoy tiene una identidad de género masculina⁵⁰?

74. Por otro lado, vimos *ut supra* que la Corte IDH considera que "**la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos**"⁵¹. La argumentación del TCP sobre

⁴⁸ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 76/2017 de 9 de noviembre de 2017.

⁴⁹ TCP. Auto constitucional 28/2017-ECA de 13 de noviembre de 2017.

⁵⁰ Acertadamente, en el trámite de aclaración y complementación de la sentencia, el Vicepresidente del Estado y Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional hace notar al TCP que "respecto de los criterios de paridad y equidad de género en procesos electivos, según lo señalado en el Fundamento Jurídico III.4.6. iii) de la Sentencia cuestionada, se está asumiendo que el cambio de identidad de género es siempre de hombre a mujer, lo cual no corresponde con la realidad..." Ídem.

⁵¹ Corte IDH. OC-24/17, párr. 83.

los derechos políticos de las personas transexuales/transgénero se apoya, no obstante, en este tipo de argumento inválido, cuando en la sentencia 76/2017, objetando el criterio del Órgano Electoral Plurinacional (al que nos referimos en el siguiente párrafo), el tribunal señala que **"la participación de las personas transgénero y/o transexuales de acuerdo a la identidad de género asumida... puede dar lugar a espacios de incertidumbre y desacuerdo..."**

75. Dentro del mismo trámite judicial de la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo Electoral de Bolivia, a solicitud del TCP, le presentó el Informe D.N.J. 360/2017 de 4 de julio de 2017, del que destacamos lo siguiente:

Sobre la viabilidad del matrimonio de personas que cambiaron su dato de sexo, imagen y nombre en virtud de la Ley de Identidad de Género, el matrimonio entre un hombre y una mujer está incluido dentro de los derechos de las familias, mismos que a su vez constituye parte integrante de la clasificación de derechos económicos y sociales. En virtud a este razonamiento, se entiende que **la persona que haya realizado todo el procedimiento establecido en la norma para el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, no deja de gozar en ningún momento de los derechos establecidos en la Constitución Política del Estado; y, 2) Sobre la aplicación de los criterios de paridad y equidad de género en procesos electivos en los que participen personas que hayan cambiado el dato de sexo en virtud a la Ley de Identidad de Género**, tomando en cuenta que el art. 5 de la Ley de Identidad de Género establece como una garantía del Estado hacia estas personas un trato de acuerdo con su identidad de género y a ser identificada o identificado de ese modo tanto en la vida pública como privada, corresponde que en el ejercicio de su derecho político a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político reciban un tratamiento conforme a la nueva identidad adquirida, es decir, que la aplicación de los criterios de paridad y equidad de género en procesos electivos se aplicarán de conformidad a lo establecido en la normativa vigente, en tanto la persona se identifique como mujer o como hombre⁵². (El resaltado es propio).

76. Por lo expuesto, resulta muy claro que la restricción que impone el TCP al ejercicio de derechos políticos de las personas transexuales/transgénero es injustificada y contraria al resto de la Ley 807. La indebida restricción es también contraria a la Constitución boliviana en cuanto a las regulaciones que ésta contiene respecto a los derechos políticos, derechos que no pueden ser restringidos, menos suspendidos o suprimidos, sino por las causales determinadas en la propia Constitución⁵³, y en cuanto a las regulaciones que tutelan el derecho de igualdad ante la ley o que prohíben la discriminación fundada en razones de orientación sexual e identidad de género⁵⁴.

⁵² TCP. Sentencia constitucional plurinacional 76/2017 de 9 de noviembre de 2017.

⁵³ CPE. Art. 28. El ejercicio de los derechos políticos se suspende en los siguientes casos, previa sentencia ejecutoriada mientras la pena no haya sido cumplida: 1. Por tomar armas y prestar servicio en fuerzas armadas enemigas en tiempos de guerra. 2. Por defraudación de recursos públicos. 3. Por traición a la patria.

⁵⁴ Ídem. Art. 14.II. II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, **orientación sexual, identidad de género**, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, **en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona**.

5. La constitucionalidad sujeta a interpretación del Art. 10

77. Señalamos al inicio de la presente comunicación que el TCP había declarado la constitucionalidad del Art. 10 de la LIG sujeta a su propia interpretación. En efecto, el punto 2º de la parte resolutive de la sentencia 76/2017 dispuso lo siguiente:

La Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional, en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y el art. 12.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, resuelve declarar: (...) 2. [I]a CONSTITUCIONALIDAD sujeta a la interpretación desarrollada en la presente sentencia del art. 10 de la Ley de Identidad de Género, conforme lo desarrollado en el Fundamento Jurídico III.4.5 del presente fallo constitucional⁵⁵.

78. A continuación transcribimos el Art. 10 de la LIG y los fundamentos jurídicos contenidos en el acápite III.4.5 de la sentencia 76/2017.

III.4.5. Del juicio de constitucionalidad del art. 10 de la Ley de Identidad de Género

El mencionado artículo refiere que:

“I. El proceso administrativo de cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen **es confidencial**.

II. Los documentos señalados en el Artículo 8 de la presente Ley presentados como requisitos y la Resolución Administrativa no podrán ser exhibidos, ni se podrá entregar testimonio, certificación, copia simple o legalizada a terceras personas, a menos que exista Orden Judicial o Requerimiento Fiscal” (énfasis agregado).

Al respecto, cabe remitirnos a los cargos de inconstitucionalidad generales expuestos antes de la argumentación en detalle que se describe en el memorial de demanda, habiendo sido omitida su exposición en dicho detalle.

De esta manera se tiene que la parte accionante cuestiona la “confidencialidad” del trámite de cambio de dato de sexo en la documentación personal que se entiende otorga el Registro Cívico, y que dicha regulación “encubre” una situación que debe ser pública a fin de evitar eventuales fraudes en las distintas relaciones jurídicas.

En efecto, este Tribunal considera que la confidencialidad del trámite previsto por la norma, es justificada en la medida en que publicitar el mismo, podría afectar seriamente el derecho de las personas involucradas a ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad y la inescindible búsqueda de la concretización de sus propios proyectos de vida, pues se trata de una convicción personal e íntima que de ser pública, contribuiría a la estigmatización de las personas que accedan a dicho trámite.

En ese entendido, debe recordarse que la construcción de la identidad personal, en este caso, a través de la identidad de género, sea esta coincidente o no con el sexo biológico asignado, al ser parte de una construcción intrínseca y personal del ser humano, constituyen aspectos relativos a su intimidad, y por ello, deben ser resguardados efectivamente por los Órganos de Poder Público a través de sus diferentes instituciones, y en el caso, el Servicio de Registro Cívico. De ahí la exigencia de que dicha información pueda ser levantada únicamente mediante orden judicial, la cual deberá ser

⁵⁵ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 76/2017 de 9 de noviembre de 2017.

fundada en el marco del reconocimiento del derecho a la intimidad y privacidad reconocida en nuestra Norma Suprema.

En este punto, se recuerda que la identidad de género al ser una noción independiente del sexo biológico asignado, y corresponder a una construcción cultural que configura estereotipos de lo masculino y femenino, en la que se reflejan vestimentas, costumbres, y en algunos casos, roles específicos, no pueden constituir en un tipo de información de dominio público, por cuanto no es un aspecto necesario para la interrelación de la persona en la sociedad. Tanto así, que la expresión de dicha identidad de género, incluso en las personas que ostentan la coincidencia que no concurre en la población transgénero y transexual no es un dato que figure como parte de la información pública de la persona. Siendo por ello, más que legítima la exigencia de confidencialidad del trámite.

Sin embargo, y retomando la afirmación de que el derecho a la libre personalidad encuentra como límite el interés colectivo, y también, eventualmente cuando se afecten los derechos de terceros, o sus propios proyectos de vida, se tiene que corresponderá al Estado la regulación normativa el permitir acceder a dicha información sin necesidad de completar un trámite previo, pues dicha información adquiere el carácter confidencial mientras no vulnere el ejercicio de otros derechos. Y sea únicamente respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad y sea en respeto de sus propios proyectos de vida.

Así, en casos de competiciones deportivas, y otras actividades basadas en distinciones de género masculino- femenino, que en definitiva se asientan en características físico-biológicas de los competidores o participantes, o cualquier actividad que tenga como fundamento el reconocimiento de dicha condición biológica, las personas que accedieron al cambio de dato de sexo, **deberán brindar esa información de manera obligatoria, o en su caso, el requerimiento de tal información prescindirá del carácter confidencial**⁵⁶. (El resaltado es propio).

79. La confidencialidad es un elemento medular en el contexto del ejercicio del derecho a la privacidad de la población LGBTI. El principio 6 de los Principios de Yogyakarta, referido a dicho derecho, establece que

[t]odas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho al goce de la privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia... **El derecho a la privacidad normalmente incluye el derecho a optar por revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo** y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas⁵⁷. (El resaltado es propio).

80. Este documento también establece que los Estados

F. [g]arantizarán el **derecho de toda persona a decidir, en condiciones corrientes, cuándo, a quién y cómo revelar información concerniente a su orientación sexual o identidad de género**, y protegerán a todas las personas contra la divulgación arbitraria o no deseada de dicha información o contra la amenaza, por parte de otros, de divulgarla⁵⁸. (El resaltado es propio).

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Ídem.

81. A la luz de estos principios insertos en el instrumento globalmente más relevante de interpretación del derecho a la privacidad (y demás derechos) de las personas LGBTI, resulta totalmente inadecuada la interpretación que el TCP le da al Art. 10 de la LIG. En especial inquieta la última parte de dicha interpretación donde se establece la "**obligación**" de las personas que accedieron al cambio de dato de sexo de dar a conocer esa información, bajo pena de que dicha información pierda su carácter confidencial si el titular no la revela. En suma, datos tan sensibles pueden terminar siendo develados por cualquiera y a cualquiera.

82. Sobre el punto, es fundamental reproducir lo determinado por la Corte IDH, para la cual

138. ... el carácter reservado de los procedimientos de cambio del nombre de pila y en su caso, género o sexo e imagen de acuerdo a la identidad de género auto-percibida, se encuentran en armonía con lo dispuesto por los principios de Yogyakarta cuando estos estipulan que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho a la vida privada, sin injerencias arbitrarias o ilegales en la misma, **esto incluye el derecho a optar por revelar o no la propia orientación sexual o identidad de género**... (El resaltado es propio).

83. No hace mucho en Bolivia se dio el lamentable hecho de que un miembro del gabinete de ministros comunicó públicamente que un exmagistrado del TCP, que estaba siendo enjuiciado por el órgano legislativo, era VIH positivo⁵⁹. La develación de esa información confidencial, sin razón justificada y nada menos que por el propio Ministro de Salud de entonces, genera la suspicacia de que el día de mañana, con base en la interpretación del TCP al Art. 10, cualquier autoridad o cualquier ciudadano pueda hacer pública información privada de una persona transexual/transgénero.

84. Por otro lado, cabe hacer notar que la LIG, en su Art. 6 (Principios), establece que la indicada ley se rige bajo una serie de principios, entre ellos el de **confidencialidad**: "Garantizar que la información sea accesible únicamente a la interesada, interesado, al personal autorizado por la norma **o a la solicitada mediante Orden Judicial** y/o Requerimiento Fiscal" (Art. 6).

85. Existiendo esta norma que da facultades a un juez, no comprendemos por qué razón el TCP no la tomó en cuenta en su sentencia constitucional, pues con base en ella, la situación hipotética que el mismo tribunal se plantea —*competiciones deportivas y otras actividades basadas en distinciones de género masculino - femenino*— quedaría resuelta o despejada en caso de que se presentara duda o sospecha sobre el cambio de identidad de género de una persona. Que un juez (no un fiscal) pida el levantamiento de la reserva sobre una información privada no es extraño⁶⁰ ni incorrecto —en la medida que su determinación esté

⁵⁹ Cf. "Funcionario revela que magistrado opositor padece VIH-Sida". Prensa Libre (Guatemala), 23 de diciembre de 2014, en: http://www.prensalibre.com/internacionales/leer_para_creer/funcionario-revela-magistrado-opositor-padece-VIH-Sida_0_1271872971.html

⁶⁰ En muchas legislaciones el levantamiento del secreto bancario, por ejemplo, está permitido cuando es un juez quien ordena tal medida.

legal y legítimamente justificada—; pero obligar a las personas a hacerlo *motu proprio*, bajo pena de que la confidencialidad sobre datos tan sensibles será levantada automáticamente, es otra cosa, una que linda con lo indebido y arbitrario y que se enmarca en las típicas posturas conservadoras y discriminatorias en contra de las minorías.

86. Sobre esto, recordemos que la Corte IDH ha señalado que

135. ... la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, consumado o en trámite, **puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación y a la postre puede significar un obstáculo mayor para el ejercicio de otros derechos humanos** (supra párr. 134)⁶¹. (El resaltado es propio).

87. La misma Corte también ha aclarado, en concordancia con el Art. 6 de la Ley 807, que

135. ... “el ámbito de la vida privada se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública” y “comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público”. **Esto no significa que esa información no pueda ser accesible en caso de que la persona sea requerida por las autoridades competentes de conformidad con lo establecido por el derecho interno de cada Estado**⁶². (El resaltado es propio).

88. La parte final del párrafo 135 de la OC-24/2017 es muy clara, a "requerimiento de la autoridad competente", lo que, insistimos, es congruente con lo establecido por el Art. 6 de la Ley 807, pero opuesto a la posición interpretativa del TCP.

89. Por último, llama la atención y causa enorme sorpresa el cuestionamiento del TCP al Art. 10 de la LIG, cuando dicho artículo fue aludido en la OC-24/2017 de la Corte IDH como ejemplo de una norma adecuada en materia de privacidad y confidencialidad. En efecto, la Corte Interamericana señaló lo siguiente:

139. En la misma línea de lo señalado, la Ley de Identidad de Género de Argentina establece en su artículo 9 que “[s]ólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada. [...] No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos”. El artículo 6 de la referida ley indica expresamente que se “prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificadas y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma” [295]. **Otros Estados de la región adoptaron leyes de identidad de género que reconocen el principio de la confidencialidad como regla y la accesibilidad de la información como una excepción cuando esta es requerida por las autoridades judiciales o fiscales. Por ejemplo, la Ley de Identidad de Género de Bolivia dispone que el procedimiento debe garantizar “que la información sea accesible únicamente a**

⁶¹ Corte IDH. OC-24/17, párr. 135.

⁶² Ídem.

la interesada, interesado, al personal autorizado por la norma o a la solicitada mediante Orden Judicial y/o Requerimiento Fiscal” [296]. (El resaltado es propio).

[Pie de página 296] Bolivia. Ley No. 807, de 21 de mayo de 2016, artículo 6. **Asimismo, el artículo 10** de la referida ley establece que el proceso administrativo de cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen **es confidencial**. (El resaltado es propio).

6. La necesidad de una intervención del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género

90. La sentencia constitucional 76/2017, más su auto constitucional aclaratorio 28/2017-ECA son cosa juzgada. En tal sentido, por la vía judicial, no es posible cambiar lo determinado por el TCP.
91. El único camino para remediar la situación generada por las dos resoluciones del tribunal es el legislativo, es decir, la adopción de una nueva norma que garantice la confidencialidad y que reponga el contenido del 11.II de la LIG, pues, como lo hemos demostrado precedentemente, ese artículo no era ni es inconstitucional, sino una disposición coherente y compatible con el DIDH.
92. Dentro del contexto legislativo, no olvidemos que el propio TCP, en su sentencia 84/2017 (entre varias otras), ha señalado —apelando a lo dicho varias veces por la Corte IDH— que el control de convencionalidad no se limita a que sean los jueces exclusivamente los que apliquen preferentemente el DIDH sobre el derecho interno, sino que ese control se extiende, inclusive, a la labor de los legisladores.
93. Es entonces en relación con este ámbito de la tarea legislativa, que exhortamos al *Experto Independiente* a que, con carácter de urgencia, con basamento en el DIDH y en la OC-24/2017, y en el marco de su mandato establecido en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/HRC/RES/32/2⁶³, llame la atención al Estado boliviano y lo exhorte a tomar todas las medidas inmediatas y necesarias para restablecer todos los derechos de la población transexual/transgénero. El carácter urgente de nuestro pedido lo explicamos a continuación.
94. Luego de la adopción de la sentencia 76/2017 hubo cierta reacción en la sociedad. Incluso la Defensoría del Pueblo⁶⁴ y el sistema de la ONU en Bolivia⁶⁵ tomaron posición expresándolas

⁶³ Cf. Resolución 32/2 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 30 de junio de 2016; aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de julio de 2016 (A/HRC/RES/32/2).

⁶⁴ Cf. "Respecto a la Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017, la Defensoría del Pueblo considera necesario orientar las apreciaciones hacia avances y desafíos". Defensoría del Pueblo, 10 de noviembre de 2017, en: http://www.defensoria.gob.bo/dp/noticias_proc.asp?Seleccion=3234

públicamente. Este último (Naciones Unidas) "lament[ó] profundamente la Sentencia 0076/2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional que niega los derechos fundamentales de las personas transexuales y transgénero"⁶⁶, agregando que le

[l]lama la atención que el Tribunal Constitucional Plurinacional imponga límites a la vigencia de los derechos fundamentales, pues la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre... la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinan que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos sin discriminación; y que todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes, comprendiendo por lógica jurídica que estos principios también se aplican a las personas transexuales y transgénero⁶⁷.

95. El comunicado público del sistema de Naciones Unidas concluyó recordando que

la falta de respeto a los derechos humanos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI), la violencia y la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género, constituyen graves violaciones de los derechos y libertades de los seres humanos y exponen a esta población a una mayor vulnerabilidad ante la exclusión social y económica, y dificultan el progreso hacia la implementación de la Agenda 2030 y el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁶⁸.

96. Ahora bien, a los pocos días de la emisión de la sentencia y del auto aclaratorio que nos ocupan, el tema pasó a segundo (tercero o cuanto) plano, pues el 28 de noviembre el TCP emitió la sentencia constitucional plurinacional 84/2017 que habilitó a Evo Morales y a Álvaro García Linera a repostularse por tercera vez consecutiva a la presidencia y vicepresidencia del Estado, respectivamente. Este tema desplazó el debate público e institucional sobre la sentencia 76/2017 y los derechos de la población LGBTI. Por si fuera poco, los primeros días de diciembre, los médicos y demás trabajadores de la salud del país iniciaron una masiva protesta que duró 47 días con el fin de que se derogara el Art. 205 del nuevo Código del Sistema Penal aprobado ese mismo mes. A esa protesta se unieron numerosos sectores profesionales y de trabajadores, además de gran parte de la ciudadanía, logrando en enero no solo la derogación del Art. 205, sino la abrogación total del nuevo código penal. Durante todo ese tiempo, nunca más se volvió a tratar el tema de la sentencia 76/2017.

97. En el momento actual, el país se apresta a vivir una nueva protesta ciudadana de magnitud, ya anunciada para los siguientes días como expresión de rechazo a la sentencia constitucional plurinacional 84/2017 y de demanda al cumplimiento del resultado del referéndum constitucional celebrado el 21 de febrero de 2016, donde la mayoría del

⁶⁵ Cf. "[El Sistema de las Naciones Unidas Lamenta Profundamente la Sentencia 0076/2017 Del Tribunal Constitucional Plurinacional que niega los Derechos Fundamentales de las Personas Transexuales y Transgénero](http://www.nu.org.bo/noticias/destacados-nacionales/snu-lamenta-sentencia-00762017-tcp/)". ONU Bolivia, 10 de noviembre de 2017, en: <http://www.nu.org.bo/noticias/destacados-nacionales/snu-lamenta-sentencia-00762017-tcp/>

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ídem.

electorado se opuso a la modificación del Art. 168 de la CPE relacionado con la reelección presidencial.

98. Por todo esto, queda claro que un tema que para la población LGBTI de Bolivia es prioritario —**el ejercicio sin discriminación de todos sus derechos humanos**—, no lo es, ni será pronto, igual de importante para el Estado, para sus órganos ni para la mayoría de la ciudadanía en un contexto en el que otras cuestiones políticas concentran toda la atención de dichos actores.
99. **La única forma de que la demanda de la población LGBTI —de que se vuelvan a reconocer todos sus derechos fundamentales— sea atendida sería y oportunamente por el Estado boliviano, particularmente por su órgano legislativo, sería a través de la intervención del *Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*.**
100. En tal sentido, el **Colectivo TLGB de Bolivia y Derechos en Acción** consideramos que solo un pronunciamiento público de parte del *Experto Independiente* podría reponer en la agenda pública nacional el tema abordado en esta comunicación. Con una acción pública de parte del *Experto Independiente*, toda la población LGBTI del país se sentiría respaldada y fortalecida enormemente para seguir dando las batallas legislativas que correspondan librar.
101. Naturalmente, estamos al tanto de que existen otros diversos mecanismos de intervención a cargo del *Experto Independiente* (v.g. las cartas de alegaciones), no obstante, consideramos que ninguna de esas herramientas sería tan oportuna y efectiva en estos momentos como un pronunciamiento público, claro y directo de este mandato específico de protección y promoción de los derechos humanos de la población LGBTI.

Anexos

Adjuntamos a la presente comunicación los siguientes anexos y/o direcciones URL de los documentos citados en el texto principal.

Anexo 1. Resolución Administrativa No. 1198/2013 de 21/10/2013 que reconoce la personalidad jurídica de la asociación civil sin fines de lucro **Derechos en Acción**.

Anexo 2. TCP. Sentencia constitucional plurinacional 76/2017 de 9 de noviembre de 2017.

Anexo 3. TCP. Auto constitucional plurinacional 28/2017-ECA de 13 de noviembre de 2017.

Anexo 4. Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es

Anexo 5. TEDH. Caso Christine Goodwin v. Reino Unido. Sentencia 28957/95 de 11 de julio de 2002, (resumen elaborado por las Corte Generales de España)
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-162239"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Anexo 6. "Respecto a la Sentencia Constitucional Plurinacional 0076/2017, la Defensoría del Pueblo considera necesario orientar las apreciaciones hacia avances y desafíos". Defensoría del Pueblo, 10 de noviembre de 2017.
http://www.defensoria.gob.bo/dp/noticias_proc.asp?Seleccion=3234

Anexo 7. "El Sistema de las Naciones Unidas Lamenta Profundamente la Sentencia 0076/2017 Del Tribunal Constitucional Plurinacional que niega los Derechos Fundamentales de las Personas Transexuales y Transgénero". ONU Bolivia, 10 de noviembre de 2017.
<http://www.nu.org.bo/noticias/destacados-nacionales/snu-lamenta-sentencia-00762017-tcp/>

Anexo 8. CIDH. "CIDH saluda avances en materia de derechos humanos de las personas LGBTI", 16 de agosto de 2016.
<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/116.asp>

Anexo 9. CIDH. "CIDH saluda avances regionales en materia de derechos humanos de las personas LGBTI en América". Comunicado de prensa No. 028/17, 10 de marzo de 2017.
<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/028.asp>

Anexo 10. ONU Bolivia. "La ONU felicita al Estado Plurinacional de Bolivia por la promulgación de la Ley de Identidad de Género". La Paz, 24 de mayo de 2017.
<http://www.nu.org.bo/noticias/destacados-nacionales/la-onu-felicita-al-estado-plurinacional-de-bolivia-por-la-promulgacion-de-la-ley-de-identidad-de-genero/>

Anexo 11. "Orientación sexual e identidad de género: Experto de la ONU saluda histórica opinión legal emitida en las Américas". Ginebra, 12 de enero de 2018.

<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22582&LangID=S>

Anexo 12. Constitución Política del Estado.

<https://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-20090207.html>

Anexo 13. Ley 807 de Identidad de Género de 21 de mayo de 2016.

<https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N807.html>

Anexo 14. Código Procesal Constitucional.

<https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N254.xhtml>

Anexo 15. Código Civil Boliviano.

<https://www.lexivox.org/norms/BO-COD-DL12760B.xhtml>