

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**UNIDAD DE POSTGRADO Y RELACIONES INTERNACIONALES**



**“FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y SOCIALES PARA INSTITUIR EL  
MATRIMONIO IGUALITARIO EN BOLIVIA, COMO DESARROLLO DEL  
DERECHO FUNDAMENTAL A CONSTITUIR FAMILIA SIN  
DISCRIMINACIÓN”**

**Tesis presentada para optar al grado de Magister en  
Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales**

**Autor: RAMIRO FROILAN CANEDO CHÁVEZ**

**Tutor: Dr. JORGE SILES CAJAS**

**La Paz – Bolivia  
2017**

## ÍNDICE

Índice .....	i
Dedicatoria .....	iv
Agradecimiento.....	v
CAPÍTULO I .....	3
GENERALIDADES.....	3
INTRODUCCIÓN .....	4
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	7
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	13
1.2.1. Problematización.....	14
1.3. DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.3.1. Delimitación temática .....	15
1.3.2. Alcance espacial .....	15
1.3.3. Alcance temporal .....	15
1.4. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DE LA TESIS .....	16
1.5. OBJETIVOS DEL TEMA DE TESIS .....	17
1.5.1. Objetivo general .....	17
1.5.2. Objetivos específicos.....	17
1.6. MARCO DE REFERENCIA.....	18
1.6.1. Marco teórico .....	18
1.6.1.1. El principio de igualdad y la teoría de la justicia social .....	18
1.6.1.2. La realización personal en el matrimonio igualitario .....	20
CAPÍTULO II .....	22
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	22
2.1. MARCO CONCEPTUAL SOBRE SEXO, GÉNERO y SEXUALIDAD .....	23
2.1.1. Debates en torno al sexo, género y sexualidad .....	24
2.1.2. Concepciones teóricas sobre la sexualidad .....	36
2.1.2.1. Esencialismo sexual .....	37
2.1.2.2. Constructivismo sexual .....	39
2.1.3. La heterosexualidad como institución .....	44
2.1.4. Jerarquización sexual .....	46

2.1.5.	La heteronormatividad.....	47
2.1.6.	La noción de familia desde una concepción heteronormativa.....	48
2.2.	LA IGUALDAD PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES FAMILIARES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.....	51
2.2.1.	Consideraciones y problemas en torno a la igualdad.....	52
2.2.2.	La igualdad en relación con la orientación sexual.....	56
2.2.3.	¿Es relevante el criterio de la orientación sexual para la regulación del matrimonio y la unión de hecho? .....	58
2.2.4.	La relación entre moral y Derecho en la fundamentación de la irrelevancia del criterio de orientación sexual para el igual tratamiento en relación con el matrimonio y las uniones de hecho. ....	65
2.2.5.	El aporte del argumento de la igualdad en la discusión sobre el matrimonio igualitario. ....	71
2.2.5.1.	El significado y las consecuencias de la negativa estatal de reconocer las uniones entre parejas del mismo sexo. ....	71
2.2.5.2.	El valor del principio de dignidad humana como cimiento de los demás derechos fundamentales de la persona. ....	75
2.2.5.3.	La comparación entre el argumento de la igualdad y la autonomía.....	77
2.2.6.	La igualdad en la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos.....	81
2.3.	LA COMPATIBILIDAD DEL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA CONVIVENCIA ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CON LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA DE 2009	88
2.3.1.	El constitucionalismo contemporáneo y su constitución .....	89
2.3.1.1.	Del Estado liberal de Derecho al Estado constitucional.....	89
2.3.1.2.	La Constitución del constitucionalismo contemporáneo. ....	97
2.3.1.3.	¿Es el Estado Boliviano un Estado Constitucional?.....	99
2.3.2.	¿Cómo se trabaja con el Derecho en el Estado Constitucional? .....	101
	CAPÍTULO III .....	104
	DISEÑO METODOLÓGICO Y MARCO PRÁCTICO.....	104

3.1.	HIPÓTESIS .....	105
3.1.1.	Identificación y análisis de variables .....	105
3.1.1.1.	Variable Independiente .....	105
3.1.1.2.	Variable Dependiente .....	105
3.1.2.	Conceptualización de las variables .....	105
3.1.3.	Diseño y tipo de investigación.....	106
3.1.3.1.	Métodos aplicados en la investigación.....	107
3.1.3.2.	Técnicas aplicadas en la investigación .....	108
3.1.4.	Determinación del universo y muestra .....	109
3.1.5.	Aspectos generales de la muestra .....	111
3.1.6.	Interpretación de las encuestas.....	115
	CAPÍTULO IV .....	123
	ANTEPROYECTO O APORTE DE LA INVESTIGACIÓN.....	123
	<a href="#"><u>4.1. Exposición de motivos .....</u></a>	<a href="#"><u>123</u></a>
	4.2. Texto del Contenido de la norma .....	125
	CAPÍTULO V .....	128
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	128
	BIBLIOGRAFÍA .....	131

## ***Dedicatoria:***

*A mis amados padres en vida: Simón Canedo Torrez y Leonarda Chávez de Canedo, por el cariño y paciencia que me brindan día a día, y por enseñarme el camino del trabajo, perseverancia y aplicar por sobre todo la verdad.*

***Agradecimiento:***

***Mi sincero agradecimiento al Dr. Jorge Siles Cajas, por su orientación y dirección en la elaboración de este trabajo de investigación, que sin su tutoría no habría sido posible su materialización.***

# **CAPÍTULO I**

## **GENERALIDADES**

## INTRODUCCIÓN

Ha sido, desde la antigüedad un problema tratado de bajo de vestidores, hasta las faustas investigaciones como las llevadas a cabo, entre otros, por el profesor francés Michel Foucault donde muestran que lo que se afirma como sentido común sobre la sexualidad humana no es sino un discurso que ha ido cambiando por la influencia de diversos factores a lo largo de la historia. Esta idea constructivista sobre la sexualidad es la que despertó en mí un particular interés por realizar el presente trabajo pues empezar a ver al Derecho como una disciplina reguladora del ejercicio de la sexualidad y legitimadora de un modelo hegemónico como es la heterosexualidad, conducente a pensar y a tratar de buscar salidas para ir cambiando un orden sexual que genera tanto sufrimiento humano.

Uno de los ámbitos a través de los cuales el Derecho refuerza este orden es el núcleo familiar. En el imaginario social esta evoca reproducción y heterosexualidad. Aunque el modelo nuclear integrado por padre, madre e hijos procreados por estos, surgió en un momento determinado de nuestra historia y por tanto se trata de una construcción social, dicho modelo simboliza lo natural e ideal. El matrimonio, las relaciones afectivas y el rol de cuidado a los hijos está también pensado en términos heterosexuales.

Hoy sin embargo esa realidad empieza a ser interpelada y cuestionada desde diferentes ámbitos respectivos de la vertiente de la familia, asistiendo a una fuerte tensión entre las demandas de los grupos que exigen el reconocimiento de la diversidad sexual y del otro lado las fuerzas conservadoras que buscan reforzar el anclaje de la noción de familia, matrimonio y otras instituciones familiares en el modelo heterosexual. En medio de todo ello el matrimonio



igualitario empieza abrirse paso en diferentes partes del mundo, no siendo Latinoamérica una excepción.

En el presente trabajo de investigación, busco abordar la cuestión familiar en relación con la sexualidad a partir de la Constitución Política del Estado Plurinacional de 2009 y examinar la adecuación de la legislación nacional sobre la materia al orden constitucional. Sostengo que el matrimonio igualitario, entendido como aquel que se puede celebrar independientemente del sexo de las personas, así como la convivencia entre personas del mismo sexo es compatible con la norma fundamental de 2009 y que más bien la creación de regímenes jurídicos ad hoc para quienes no tienen una orientación heterosexual convencional constituye una medida segregacionista contraria a al principio de igualdad y no discriminación.

Sin duda, la afirmación anterior genera debate, el cual es trabajado en una parte de esta investigación. Considero necesario enfatizar que esta controversia no puede ser reducida a ser vista como la confrontación de quienes aceptarían y querrían un orden familiar distinto y los que no, sino más bien en el plano de la discusión jurídica debe ser asumida como el resultado de diferentes maneras de trabajar con el Derecho y aquí va mi segundo punto de partida: Las disposiciones constitucionales que se refieren a la familia deben ser leídas a la luz de los principios que irradian del texto constitucional de tal modo que los significados que se puedan extraer de tales disposiciones tienen que guardar coherencia con esos principios. La fundamentación de esa coherencia obliga a realizar un trabajo de argumentación para encontrar las mejores y más correctas razones que justifiquen el resultado. Esta aproximación al tema anuncia que este trabajo está enmarcado por el nuevo constitucionalismo como concepción del Derecho que exige verlo no como una realidad dada por la autoridad sino como una práctica social con pretensión de

corrección, lo que exige mucho pragmatismo pues a lo que se debe apuntar es a mejorar el Derecho y la realidad.

El presente trabajo aborda los aspectos referidos; se desarrolló las concepciones sobre el género, el sexo y la sexualidad en la medida que permiten evidenciar el proceso por el cual han transitado los discursos sobre esta última y además porque esas categorías permiten identificar la preponderancia de lo social y cultural que tiene el modelo heterosexual y la manera cómo este trasciende el campo estricto de la conducta humana para abarcar a las instituciones. También se plantea que la igualdad es el mejor argumento para rebatir a las posiciones contrarias al matrimonio entre personas del mismo sexo, para tal efecto presento un marco conceptual sobre ese principio y justifico en el nivel teórico por qué la orientación sexual constituye un criterio irrelevante en la regulación del matrimonio y las uniones afectivas. Finalmente, y en razón de su relevancia se analiza la legislación positiva boliviana, desarrollando los pasos argumentativos que fundamentan mi tesis a favor de la constitucionalidad del matrimonio y la convivencia igualitaria en Bolivia. Sin embargo, no podría haber llegado a ese punto sin explicitar las nociones básicas sobre el nuevo constitucionalismo, sobre el concepto de Constitución que asumo y sobre la forma de trabajar en el Derecho bajo el nuevo paradigma.

## 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una característica fundamental de la cohesión social, la interculturalidad y la intraculturalidad entre otros, es el proceso de socialización, en razón a que el hombre no puede ser ajeno a vivir en un ambiente de sociedad, por supuesto sujeto a reglas de conducta, como lo propugna el Estado Constitucional de Derecho; en el caso Boliviano se asume en ese contexto una categoría como es la *Sociedad Plural*, que pretende a partir de la práctica principios y valores ético morales, alcanzar un fin único como es el vivir bien, de ahí el propio Estado Boliviano haya establecido también como un fin esencial para construir la sociedad justa y armoniosa sin discriminación, lo que involucra obviamente a aspectos como ser la orientación sexual, la identidad de género, o el derecho a constituir familia.

La homosexualidad según la Real Academia presenta entre sus acepciones a la inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo o la práctica de dicha relación<sup>1</sup>, comprende entonces aquella relación afectiva que pudiera existir entre personas del mismo sexo, pero que puede ir más allá de la simple relación afectiva, hasta pretender llegar al ejercicio de derechos, entre los que se comprende a la unión matrimonial, que en el contexto jurídico internacional adquiriría el nombre de matrimonio igualitario.

Como consecuencia del desarrollo jurídico y social, muchos países han reconocido el derecho de casarse entre homosexuales, es decir el matrimonio entre hombres y mujeres; y son países como Sudáfrica, Noruega, España e incluso en la región sudamericana como la Argentina, han legislado este tipo de uniones matrimoniales, en el entendido de que es un asunto de Derechos Humanos, realizándose que los homosexuales tienen el derecho a casarse con

---

<sup>1</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Real Academia: Microsoft Corporation; 2001.

la persona de su elección, y el no permitirlo se constituye en una forma fuerte de discriminación, más aun si reconoce la igualdad de derechos de las personas.

La segregación social por razón de orientación sexual, tuvo nefastos antecedentes en la historia de la humanidad, la CNDH y Conasida señalan que el “66 por ciento de las personas no compartiría el techo con un homosexual; 39.4 por ciento opinó que los homosexuales no deben participar en política y 40 por ciento respondió que no aceptaría que un homosexual viviera en su casa” (Woldenberg). No es difícil ver la semejanza entre esta forma de odio como por ejemplo el antisemitismo, donde nadie quería saber de la existencia de Judíos, porque no querían vivir con este tipo de gente, porque eran “diferentes”. Esto no es decir que la discriminación actual hacia los homosexuales sea atroz como la exterminación de Judíos, pero ello tampoco quita que la discriminación es un síntoma de odio, y que este odio es peligroso<sup>2</sup>.

Pero Anderson lleva más allá el tema de la homosexualidad, y lo posiciona en la biología, refiriendo que la sexualidad puede existir mucho antes del nacimiento, a causa de diferentes niveles de hormonas en la sangre de la madre, es decir la homosexualidad puede ser determinada genéticamente el Doctor Miguel Enrique Fiol Elías, en ese sentido reconoce que, “...en el caso de los gemelos, especialmente los monocigóticos (los que se desarrollan de un mismo cigoto o huevo), si uno de ellos es homosexual, hay una probabilidad entre un 60 a un 90% de que el otro también tenga esta orientación sexual”, consecuentemente si la homosexualidad es parte de la biología, no hay una

---

<sup>2</sup> Anderson A., El matrimonio entre homosexuales debe ser legal Estados Unidos: Universidad Estatal de Grand Valley; 2011.

diferencia entre prohibir el matrimonio entre los homosexuales y pretender prohibir el matrimonio entre las personas como ser por el color de los ojos<sup>3</sup>.

Algunas tendencias religiosas y conservadoras refieren el argumento en contra del matrimonio como anti bíblico, así lo refirió el Político Estadounidense Rubén Díaz al indicar "...aunque la gente no vote por mí, voy a oponerme al matrimonio entre homosexuales porque no es cristiano y es anti bíblico", si bien la libertad de opinión es una prerrogativa de toda persona, la misma tiene un límite y es el derecho humano y la libertad del otro, por tanto no se puede pretender restringir los derechos de las demás personas, así como interferir en sus vidas.

Otro argumento de oposición al matrimonio homosexual o igualitario se funda en que es "una amenaza contra la santidad del matrimonio tradicional entre un hombre y una mujer", pero acá corresponde precisar que este tipo de matrimonio homosexual no busca destruir la institución del matrimonio heterosexual, sino solo se aspira a participar en esta institución, porque en la práctica son una familia, viven juntos y en pareja, administran sus bienes, y cumplen con sus obligaciones tributarias.

Prohibir el matrimonio entre las personas del mismo sexo es una forma de discriminación que le hace daño a un sector considerable de la sociedad y representa una aceptación social de una cultura del odio y el prejuicio, y no pueden ser estigmatizados simplemente como maliciosos por su orientación sexual o su aspiración a un derecho humano, como si fueran peores que cualquier grupo social, que sería una de las formas más graves de segregación social.

---

<sup>3</sup> Anderson, ob.cit.

Ahora bien, ya en el campo jurídico, se debe tener presente que una matrimonial produce efectos respecto de los integrantes de la familia, y son los derechos, como ser a la seguridad social, a la comunidad de bienes gananciales, a la constitución del patrimonio familiar entre otros, o de ser necesario hasta la Asistencia Familiar.

A nivel nacional se tiene documentos que hacen a la necesidad del reconocimiento jurídico del matrimonio igualitario, David Aruquipa activista de los Derechos Humanos en Bolivia, indica que las uniones de parejas del mismo sexo son una realidad Boliviana, y en su obra basada en historias de pareja del mismo sexo, señala que "...la Ley de Lucha contra el Racismo prohíbe toda forma de discriminación fundada en razón de orientación sexual e identidad de género; entonces al no tener el derecho a formar una familia ¿Cómo entendemos los derechos establecidos en la Constitución, las leyes nacionales y los instrumentos internacionales? ¿Son solo para algunos y no para todos? ¿En qué preconceptos se sustenta esta segregación?" "...no solo implica la necesidad de la aprobación del matrimonio civil igualitario, sino que también cuestiona un régimen de exclusión legalizada, en el que la igualdad solo es discursiva..."<sup>4</sup>.

Esta obra resalta que, entre las parejas del mismo sexo, existe un amplio sentido de aceptación, de vivencia de experiencias intrafamiliares, pero en común los testimonios demandan a que se les reconozca algo que se constituye en solo ejercicio de un derecho humano como es el derecho a realizarse como familia por la vía del matrimonio civil igualitario.

---

<sup>4</sup> Aruquipa PD. Si tú me dices ven, lo dejo todo - Historias de parejas del mismo sexo en Bolivia: Moreno Artes Gráficas; 2014.

El Comité de Lucha Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación, en mayo de 2014, ha emitido la Resolución 06/2014, referida el reconocimiento del matrimonio igualitario den Bolivia, dicha norma entre sus considerandos aborda las normas constitucionales sobre el matrimonio, la vigencia de la Ley de Lucha contra el Racismo y toda Forma de Discriminación, pero resalta mucho que considere la interpretación de los derechos fundamentales, con conformidad con los Derechos Humanos emergentes de Convenios Internacionales; por otra parte resalta que está vigente el Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos Bolivia para Vivir Bien, que establece la obligatoriedad del Ministerio de Justicia en la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Unión Conyugal, que tenga por objeto reconocer y regular los derechos de las personas con diferente orientación sexual o identidad de género<sup>5</sup>.

De conformidad con los documentos referidos, se infiere la necesidad de abordar académica y jurídicamente las razones o fundamentos que motivan la institución del Matrimonio Igualitario en Bolivia, como desarrollo del derecho fundamental a constituir familia sin discriminación en su dimensión de derecho fundamental en relación a los Convenios Internacionales.

La actual Constitución Política del 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

---

<sup>5</sup> Comité de Lucha Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación, Resolución N° 06/2014.

de toda persona. Asimismo, garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos”<sup>6</sup>.

La realidad nacional, evidencia que si bien se está avanzando en el desarrollo normativo correspondiente a los fines del Estado Plurinacional y el vivir bien, también se tiene que aún se discriminan algunos derechos reconocidos por la propia Constitución Política del Estado, en relación a las personas que tienen una orientación sexual distinta, toda vez que la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, ha legislado la Ley N° 603 Código de las Familias y del Proceso Familiar, y en lo correspondiente al régimen del instituto jurídico del matrimonio, no permite parejas formadas por un mismo género, puedan contraer el matrimonio civil o ejercer su derecho a la unión conyugal libre.

Desde la perspectiva del derecho humanitario, existen un conjunto de normas nacionales e internacionales que en términos generales, establecen que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; y que todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes, más aun si se tiene la interpretación de los derechos fundamentales conforme lo establece la Sentencia Constitucional N° 1250/2012, en razón a los convenios internacionales, de lo que se infiere la vigencia del derecho a contraer matrimonio de forma libre y en igualdad de condiciones según lo establecen los instrumentos internacionales señalados anteriormente.

---

<sup>6</sup> Estado Plurinacional de Bolivia. Constitución Política del Estado: Gaceta Oficial del Estado; 2009.



Los diferentes instrumentos internacionales, establecen que las personas tienen los mismos derechos y libertades, sin distinción alguna de raza, color, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, bajo la premisa de que todos los seres humanos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección legal e igual amparo contra cualquier discriminación, también determinan que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción el respeto y cumplimiento de todos sus derechos humanos y fundamentales.

Finalmente se tiene que el Estado Boliviano, ha legislado la Ley N° 603 Código de las Familias y del Proceso Familiar, consignando la posibilidad de la realización del matrimonio únicamente entre un hombre y una mujer, sin valorar la trascendencia, validez y vigencia plena del derecho internacional humanitario, respecto a la libertad para constituir familia, y la no diseminación por razón de orientación sexual o identidad de género, que conlleva a la necesidad de la realización del matrimonio civil igualitario, es decir entre hombres o entre mujeres, según sea su orientación sexual o identidad sexual.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

Por los antecedentes expuestos y analizados, se ha identificado como problema de la investigación a la siguiente pregunta:

**¿CUÁLES SON LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y SOCIALES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A CONSTITUIR FAMILIA SIN DISCRIMINACIÓN, QUE DETERMINAN LA NECESIDAD DE INSTITUIR UN**

## RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN BOLIVIA?

### 1.2.1. Problematicación

La investigación está involucrada en un análisis profundo de las normas internacionales principalmente, así como nacionales y a nivel de legislación comparada, relacionadas con el derecho fundamental a constituir familia a través del instituto jurídico del matrimonio y sin discriminación, por lo las interrogantes que coadyuvaran a desarrollar la problemática identificada son las siguientes:

- ¿Cuál es el contexto histórico, teórico, conceptual, doctrinal y jurídico del derecho fundamental a constituir familia sin discriminación, mediante el matrimonio en el Estado Democrático de Derecho?
- ¿Cuáles son las bases fácticas y empíricas, que determinan la necesidad de establecer los fundamentos jurídicos y sociales del derecho fundamental a constituir familia sin discriminación a través del matrimonio igualitario?
- ¿A través de que norma jurídica modificatoria del texto constitucional, se fundamenta el constituir familia sin discriminación a través del matrimonio igualitario?

### 1.3. DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

En razón de alcanzar resultados fiables, evidentes, capaces de contribuir en la solución de la problemática, se ha delimitado la investigación en tres

aspectos: el área del derecho al que corresponde la investigación, el tiempo de abordaje del objeto de estudio, y el espacio geográfico donde se llevara adelante el trabajo de campo.

### **1.3.1. Delimitación temática**

Temáticamente la investigación se delimita al estudio de los Derechos Fundamentales como Derechos Humanos, para establecer fundamentos jurídicos y sociales que permitan instituir un régimen jurídico sobre el matrimonio igualitario en Bolivia son diseminación, por lo que es delimitada al Derecho Constitucional y el Derecho de Familia.

### **1.3.2. Alcance espacial**

La investigación fue desarrollada en la ciudad de La Paz (área urbana), específicamente con instituciones como la Asociación Civil de Desarrollo Social y Promoción Cultural – GLBT, la Defensoría del Pueblo, y el Ministerio de Justicia entre otros.

### **1.3.3. Alcance temporal**

El tratamiento del objeto de estudio, así como la información a ser utilizada en la investigación, tendrá su alcance en el periodo comprendido entre enero de 2009 al primer semestre del 2016; a los efectos de contextualizar teórico, factico y jurídicamente el abordaje del matrimonio igualitario para su implementación en Bolivia, así como la necesidad de identificar sus bases jurídico sociales para su incorporación en el ordenamiento jurídico Boliviano.

## 1.4. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DE LA TESIS

Junto a la constante evolución de la sociedad y a la flexibilización en las formas de pensar que ha experimentado la sociedad, la legislación también ha ido evolucionando conjuntamente, para mostrar estos cambios de mentalidad, es por ello que es de gran interés abordar la temática sobre el matrimonio igualitario, que conlleva la necesidad de reconocer el derecho a la preferencia por personas del mismo sexo, es decir en razón de orientación sexual e identidad de género, desechando todo tipo de ideas discriminatorias.

Teóricamente por tanto se justifica la investigación, en razón a que la propuesta del reconocimiento e institución del matrimonio igualitario en Bolivia, es posible mediante la aplicación de la teoría del positivismo jurídico, que postula que el derecho sirve para mejorar el orden social, y que la teoría es aplicable además en temas de modificación o propuestas de normas jurídicas<sup>7</sup>.

Por otra parte, no se puede desentender que el desarrollo social es un fenómeno que no alcanza a paralizarse, por cuanto las expresiones tanto de sus habitantes como la sociedad como colectivo o grupo, reflejan un temor a lo nuevo, pero que está implícito en la misma sociedad sea o no manifestado, porque es una realidad que no puede ser callada y menos ocultada, la homosexualidad en ese entender es parte del desarrollo social.

La tesis por tanto se fundamenta socialmente, a partir del reconocimiento del derecho a la orientación sexual y la identidad de género para el ejercicio del derecho al matrimonio civil como derecho fundamental, toda vez que son derechos que el resto de la sociedad aun cerrada por tradicionalismos

---

<sup>7</sup> Mostajo Machicado M. Seminario Taller de Grado y Asignatura CJR-000 Técnicas de Estudio La Paz: Umsa-FDCP; 2005.

discrimina negando su aceptación, empero no se puede soslayar el hecho de que durante años el grupo social demandante es cada vez más creciente, y la progresividad del derecho ya se legislado en la legislación comparada.

## **1.5. OBJETIVOS DEL TEMA DE TESIS**

### **1.5.1. Objetivo general**

ESTABLECER LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y SOCIALES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A CONSTITUIR FAMILIA SIN DISCRIMINACIÓN, PARA LA INSTITUCIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN BOLIVIA.

### **1.5.2. Objetivos específicos**

Con el fin de permitir el desarrollo y alcance del objetivo general en los capítulos de la tesis, se plantearon los siguientes objetivos específicos:

- Contextualizar histórico, teórico, conceptual, doctrinal y jurídicamente el derecho fundamental a constituir familia sin discriminación, mediante el matrimonio igualitario en el Estado Democrático de Derecho.
- Identificar las bases fácticas y empíricas, que determinan la necesidad de establecer los fundamentos jurídicos y sociales del derecho fundamental a constituir familia sin discriminación a través del matrimonio igualitario.
- Instituir las bases de una propuesta de una norma jurídica modificatoria del texto constitucional, que fundamente el derecho a

constituir familia sin discriminación a través del matrimonio igualitario.

## **1.6. MARCO DE REFERENCIA**

### **1.6.1. Marco teórico**

Como se señaló en la justificación teórica, el positivismo jurídico instituye que “el Derecho no debe ser aplicado por principios universales de la razón natural, sino por métodos experimentales, y el derecho es un instrumento para mejorar el orden social..., sirve para tesis de carácter propositiva, sobre el régimen jurídico y temas de reglamentación”<sup>8</sup>.

La cita precedente, orienta a que el positivismo jurídico concibe al derecho de esencia renovadora, y que la necesidad de cambio en el sistema jurídico debe obedecer a deducciones científicas, por lo que la teoría además de orientar la tesis, será aplicada en la elaboración de la propuesta normativa, cuyo objeto sea la determinación jurídico social de la institución del matrimonio igualitario en Bolivia.

#### **1.6.1.1. El principio de igualdad y la teoría de la justicia social**

La aplicación que los teóricos constitucionales hacen de este principio en los ordenamientos jurídicos ha estado siempre dotada de un marco fáctico que es capaz de entender el contexto histórico en cual se desenvuelve, el principio de la igualdad corresponde a una condición necesaria para la consecución de un paradigma político (una teoría de

---

<sup>8</sup> Mostajo Machicado, ob.cit.

la justicia) por lo que aquello hace modificar las bases teóricas en virtud de los tiempos.

Rawls, plantea que en su teoría de la justicia social que “las circunstancias subjetivas remite a que los sujetos de la cooperación poseen planes, concepciones y propósitos diferentes de vida, incluso conflictivos en muchos aspectos, pero el punto común entre todos ellos es que pretenden obtener del acuerdo, el máximo posible de ciertos bienes buscados por todos los participantes, ejemplo de ello son derechos, libertades, ingresos y riquezas, autorrespeto, oportunidades y poderes. Cree él que sin la existencia de estas circunstancias no es posible la virtud de la justicia”<sup>9</sup>, básicamente se refiere a la coexistencia social, y resalta que independientemente a que pudiera existir demandas de satisfacción individuales, debe primar el interés común, y es ahí donde debe primar la igualdad para la vigencia de las libertades, entre las que necesariamente se encuentra la libertad sexual y concordante con ella la libertad y el derecho humano a constituir familia independientemente a la orientación sexual o identidad de género.

Pero la igualdad, va más allá en la vigencia del Estado Plurinacional y el pluralismo jurídico, donde la idea de la igualdad se instituye como una condición sine qua non en relación a la teoría de la justicia social, porque la sociedad plural se rige por principios ético morales, además de Valores que el mismo Estado estima relevante proteger por el ordenamiento jurídico en relación a las libertades de las personas, por tanto priman en razón de la justicia social en relación al principio señalado, valores como ser igualdad, inclusión, dignidad, libertad,

---

<sup>9</sup> Vidal Molina, P. F. (2009). La teoría de la justicia social en Rawls. Polis Revista Latinoamericana, Pág. 5.

respeto, bienestar común, justicia social, a los efectos de justificar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

Si el Estado es el responsable de proteger la vigencia de los valores que rigen a la sociedad, entonces corresponde cuestionar ¿Qué valores justifican el matrimonio únicamente heterosexual establecido en la Ley Nº 603?, desde la perspectiva del principio de igualdad de los derechos no existen argumentos para establecer el matrimonio únicamente heterosexual, toda vez que la decisión u orientación sexual tiene que ver con que las personas puedan fijar sus propias concepciones de su preferencia, y poder desarrollar una vida en pareja, a través del matrimonio, esta prohibición por tanto sólo se justificaría si existe un valor preponderante en la Constitución, mayor a las personas y su realización.

María Rachid en este contexto, a momentos de prologar el texto Matrimonio igualitario de Bruno Bimbi, señala, que “todavía queda mucho por hacer en materia de igualdad pero el mensaje más importante de la aprobación del matrimonio igualitario en la Argentina es que todo es posible, porque aun lo que parece al principio imposible (...) puede llegar a ser inevitable, como la igualdad para nuestras familias, como la igualdad y la justicia para todos y para todas<sup>10</sup>.

#### **1.6.1.2. La realización personal en el matrimonio igualitario**

Como se señaló, los principios constitucionales y la práctica de valores a momentos del ejercicio de los derechos fundamentales personal, pretenden justamente la realización de las personas cuyo rol tutelar le

---

<sup>10</sup> Bimbi B. Matrimonio Igualitario Argentina: Grupo Editorial Planeta SAIC; 2010.



corresponde al Estado, pero desde un punto de vista propio de la libertad sexual y orientación o preferencia, se evidencia la existencia de una diferenciación de derecho para las parejas del mismo sexo y las de distinto, en el sentido de que unas pueden contraer matrimonio, mientras que otras están impedidas por mandato legal, al respecto Krasnow citando a la Jurisprudencia Argentina indica *“la imposibilidad de contraer matrimonio veda a los actores el acceso al goce de una multiplicidad de derechos que emergen del estatus conyugal, entre los que destacan los derechos de herencia y pensión, beneficios migratorios, posibilidad de decidir por otro en determinadas situaciones extremas, ventajas tributarias, etc. Se trata de prerrogativas sustanciales para un proyecto de vida conjunto que le otorgan un marco de protección y estabilidad”*<sup>11</sup>, según la cita precedente, se tiene que al limitar el matrimonio únicamente para parejas heterosexuales, se impide la realización personal pero además implica un menoscabo a otros derechos emergentes del estatus conyugal.

---

<sup>11</sup> Krasnow AN. El nuevo modelo de matrimonio civil en el derecho argentino. Revista de Derecho Privado N° 22., 2012; pág. 17.

## **CAPÍTULO II**

# **FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA**

## **2.1. MARCO CONCEPTUAL SOBRE SEXO, GÉNERO y SEXUALIDAD**

La cuestión de la igualdad y no discriminación nos deriva siempre a algún criterio de distinción en el trato a las personas en relación con uno o más derechos, así como a la identificación de grupos que viven una situación de desventaja y exclusión por lo que merecen una especial protección.

En el presente trabajo nos proponemos dar una mirada constitucional a la problemática derivada de la ausencia de legalización del matrimonio y convivencia homosexuales. Para tal efecto, antes de entrar propiamente al discurso jurídico, en este primer capítulo abordaremos la cuestión relativa a la sexualidad en general y la orientación sexual en particular. En este sentido, desarrollaremos los siguientes tres aspectos: En primer lugar presentaremos una síntesis de lo que ha sido el debate en relación a las categorías llamadas sexo, género y sexualidad, poniendo énfasis en las interrelaciones entre ellas y en cómo su significado y comprensión ha ido variando en la discusión académica con repercusiones para el Derecho. En segundo lugar, describiremos lo que son las corrientes o concepciones teóricas en torno a la sexualidad - esencialismo y constructivismo – para luego deducir las consecuencias que se pueden inferir de cada una de ellas y comprender mejor las posturas que se encuentran polemizando ante la posibilidad de legalizar las uniones homo afectivas. Finalmente, el tercer aspecto, abordaremos la heterosexualidad como institución e ideología a partir de la cual se construye la idea de un “otro” devaluado y, en relación a ello, presentaremos el concepto de “heteronormatividad” y la noción de familia que se pretende legitimar a través del Derecho, desde una mirada jerárquica de la sexualidad.

### 2.1.1. Debates en torno al sexo, género y sexualidad

El término *género* aplicado al campo de lo sexual fue utilizado en la década de los cincuenta por el médico John Money en el marco de sus investigaciones sobre hermafroditismo en el Hospital John Hopkins. Money empleó el término “género” para clasificar aspectos psicológicos y culturales de las personas y definirlos como masculinos o femeninos. De esta manera fue uno de los primeros científicos en diferenciar entre sexo (como componente biológico) y género. Así sostuvo:

*“Durante los primeros meses, existe una absoluta falta de diferenciación psicosexual. Así como en el embrión la diferenciación morfológica de tipo sexual pasa de una fase plástica a otra de rígida inmutabilidad, la diferenciación psicosexual se hace también rígida e inmutable, hasta tal punto que **la humanidad se ha imaginado tradicionalmente que un sentimiento tan fuerte e inquebrantable como el de la identidad sexual personal no podía provenir más que de algún factor innato e instintivo, impermeable a la influencia del aprendizaje y de las experiencias subsiguientes. El error de esta suposición tan inveterada radica en que menosprecia la firmeza y durabilidad de lo adquirido.** Los experimentos llevados a cabo en etología animal sobre el fenómeno de la impronta han corregido hoy en día semejante punto de vista” (Money, citado por Millet: 79).*

Años después, en la década de los sesenta, el psiquiatra y psicoanalista norteamericano Robert Stoller, luego de las investigaciones realizadas también sobre casos de hermafroditismo, reafirmó la diferenciación entre género y sexo, aludiendo a que este último tiene una base biológica que permite clasificar a las personas en varones o mujeres, mientras que el género

tiene una dimensión psicológica y cultural. La relación entre sexo y género fue definida en los siguientes términos:

*“[...] dejando a un lado unas pocas excepciones, existen dos sexos: varón y hembra. Para determinar el sexo se deben probar los siguientes elementos físicos: cromosomas, genitales externos, genitales internos, gónadas, estados hormonales y caracteres sexuales secundarios [...]; así, pues, el sexo de una persona viene determinado por una suma algebraica de todas estas cualidades y, obviamente, la mayoría de las personas se encuentran encuadradas en una de las dos curvas de distribución normal que se forman, a una de las cuales se denomina varón y a la otra hembra.*

*Género es un término que tiene connotaciones psicológicas y culturales más que biológicas; así los términos adecuados para el sexo varón y hembra, los correspondientes al género son masculino y femenino, y estos últimos pueden ser bastante independientes del sexo (biológico). El género es la cantidad de masculinidad o femineidad que se da en una persona y, obviamente, aunque existen de ambos en muchos seres humanos, en el hombre normal predomina la masculinidad y en la mujer normal la femineidad” (Stoller, citado por Oakley: 186)”.*

Como parte de sus investigaciones Stoller comparó el desarrollo de dos varones norteamericanos que nacieron sin pene, pero genéticamente “normales”. Uno de ellos fue tratado por Stoller a la edad de cuatro años; éste había sido considerado, tratado y educado por todo su entorno como socialmente se les trata a los varones lo que dio como resultado que el niño se comportara de una manera muy masculina. El caso del otro varón en términos genéticos, que no tenía pene y que fue tratado siendo ya adolescente, tenía una serie de trastornos y vivía atormentado por sus padres, quienes lo

trataban de tal modo que le trasmitían la idea que no era normal porque no tenía pene, generándole una serie de inseguridades y ansiedades. Estos y otros casos similares revelaron el papel central que juegan las expectativas de los padres en el desarrollo de la identidad de género en el niño, así como que un niño puede conseguir una sólida identidad masculina incluso careciendo de pene.

Fue en el marco del XXIII Congreso Internacional de Psicoanálisis (1963) que Stoller acuña el término de *identidad de género*, aludiendo a la importancia que tenía en los primeros años de vida las expectativas de conducta asumidas y adjudicadas por parte del entorno familiar respecto del niño o la niña y señaló que el núcleo de la identidad de género aludía a la vivencia íntima de ser varón o mujer, que se construye durante el primer año de vida en correspondencia con la mirada ya sea consciente o inconsciente de los padres hacia sus hijos e hijas<sup>12</sup>.

Se puede advertir de lo anterior que los orígenes del *género* como concepto asociado al campo del sexo, buscó dar respuesta al determinismo biológico que consideraba que los estereotipos sexuales tenían sus raíces en la naturaleza, llegándose inclusive a considerar que esas bases biológicas subyacían a la condición desfavorable de las mujeres. Es así que para la teoría feminista el concepto *género* se convirtió en fundamental para plantear hipótesis sobre la situación de desventaja de las mujeres, de tal modo que se denunció que serán las construcciones sociales y culturales y el patriarcado los que ubican a la mujer en tal situación. Así, se señala que: “Desde el feminismo, el género fue adoptado como una categoría analítica esencial para estudiar cualquiera de las ciencias humanas, categoría que enriquecía los análisis clásicos de las ideologías implícitas en los textos, a partir de la *clase*

---

<sup>12</sup> Gamboa: pág. 177

y la *etnia*. Al introducirse la variable “género” como pertinente, se develaban en los discursos ciertas relaciones de poder, una suerte de subtexto genérico implícito que no podía asirse de otro modo. Así, por ejemplo, se descubría cómo las mismas nociones de las que parten ciertas disciplinas como “sujeto”, “trabajador”, o “ciudadano” o “lo público y lo privado” o “la virtud”, etc., eran ya en sí mismas nociones *generizadas* en *masculino* porque en *femenino* apuntaban a otras realidades diferentes[...] Y es que *a través del género* se atribuyen y distribuyen unas características y unas expectativas a cada sexo, de modo que queda determinado lo que puede considerarse (la esencia de) “lo masculino” y “lo femenino”. Así se dan ciertos contextos (la ciencia, la política, la epistemología, etc.) donde “lo femenino” (definido desde lo emocional, lo privado y lo axiológico) no tiene cabida, a pesar de su pretensión de universalidad. En estos contextos, el género opera como un *subtexto* donde puede leerse entre líneas la exclusión de las mujeres”<sup>13</sup>.

El género como *categoría analítica* permitió identificar nuevos temas de interés, así como nuevas aproximaciones en los trabajos de investigación, generando un nuevo marco teórico para estas. Asimismo, permitió la puesta en cuestión y deconstrucción de planteamientos que hasta ese momento habían asumido la existencia de un orden natural.

En el marco de estos planteamientos feministas, a fines de los años sesenta, Kate Millet influenciada por las investigaciones de Stoller reafirmó la noción de que el género es adquirido y, por tanto, independiente de la anatomía y fisiología de los órganos genitales<sup>14</sup>. Así sostuvo:

---

<sup>13</sup>Molina: Pág. 255 - 256

<sup>14</sup> Oliva: pág. 20

*“No solo se carece de pruebas suficientes sobre el origen físico de las distinciones sociales que establece actualmente el patriarcado (posición, papel y temperamento), sino que resulta casi imposible valorar las desigualdades existentes por hallarse saturadas de factores culturales. Sean cuales fueren las diferencias sexuales reales, no las conoceremos hasta que ambos sexos sean tratados con paridad, lo cual constituye un objetivo un tanto lejano. Un interesante estudio realizado hace poco no sólo descarta casi por completo la posibilidad de atribuir las diferencias temperamentales a variables innatas, sino que pone incluso en duda la validez y constancia de la identidad psicosexual, aportando pruebas positivas del carácter cultural del género, definido como la estructura de la personalidad conforme a la categoría sexual<sup>15</sup>.”*

En la conceptualización de Kate Millet, interpone énfasis en la cuestión del poder y el patriarcado, señalando que tanto en las relaciones intersubjetivas como en el plano de lo social hay una “política sexual”, esto es, que el sexo es una categoría social impregnada de política<sup>16</sup>. Este énfasis en la teoría feminista de vincular la categoría género con el poder y el patriarcado es resaltado por Oliva, coincidiendo con la tesis de Mary Hawkesworth, en que:

“[...] la primera virtualidad que tuvo el concepto de género fue la de construir la *actitud natural*, actitud que podría resumirse en estos supuestos: solo hay dos géneros; el sexo corporal genital es el signo esencial del género; la dicotomía macho-hembra es natural; todos los individuos deben ser clasificados como masculino o femenino y cualquier desviación ha de considerarse como patológica”

---

<sup>15</sup> Kate Millet: pág. 76 - 77

<sup>16</sup> Oliva: pág. 67



Así pues la identificación del género como categoría de análisis estuvo acompañada del planteamiento que el sexo o el cuerpo era una entidad fija, marcada por lo natural y lo biológico, lo que no permitió en ese entonces un análisis que descubriera las dimensiones históricas e ideológicas del sexo<sup>17</sup>. Ello, sin embargo, ocurriría más adelante.

Otro hito en los debates teóricos sobre el género está representado por los planteamientos de la antropóloga Gayle Rubin quien en el año 1975 publicó *The Traffic in Woman: Notes on the "Political Economic" of Sex*, con el que aporta una comprensión del género como sistema de organización social que permite explicar la subordinación de las mujeres. Ella acuña el término *sistema de sexo- género*, señalando que:

“Las necesidades de sexualidad y procreación deben ser satisfechas tanto como la necesidad de comer, y una de las deducciones más significativas que se puede hacer de los datos de la antropología es que esas necesidades casi nunca se satisfacen en una forma “natural”, lo mismo que la necesidad de alimento. El hambre es el hambre, pero lo que es alimento es determinado culturalmente. Toda sociedad tiene alguna forma de actividad económica organizada. El sexo es el sexo, pero lo que califica como sexo también es determinado y obtenido culturalmente. Toda sociedad tiene también un sistema de sexo-género, un conjunto de disposiciones por el cual la materia prima biológica del sexo y la procreación humana son conformadas por la intervención humana y social y satisfechas en una forma convencional, por extrañas que sean algunas de las convenciones<sup>18</sup>”.

---

<sup>17</sup> Molina: pág. 261

<sup>18</sup> Rubin, 1998: pág. 23-24

Rubin en este ensayo transita críticamente por el marxismo, el psicoanálisis y la teoría del parentesco de Lévi Strauss, señalando respecto de esta última que pone en evidencia que la esencia de los sistemas de parentesco está en el “intercambio de mujeres entre hombres” y que dichos sistemas constituyen una imposición de la organización cultural sobre los hechos de la procreación biológica, varían de una cultura a otra y contienen toda clase de normas que regulan con quién una persona puede o no casarse. En esta línea, la sociedad no está integrada por un sujeto humano abstracto y sin género sino, por el contrario, este sujeto es siempre o un varón o una mujer a quien le corresponderá los destinos sociales divergentes preestablecidos para cada uno.

Así pues, aun cuando el parentesco es una relación eminentemente social, es presentada como parte de lo dado por la naturaleza y se usa un lenguaje biológico para fundamentar sus principales relaciones. Como lo sostiene Pichardo Galán, la naturalización no permite ver en aquello la discriminación que conllevan las construcciones a la que recurre el parentesco (por ejemplo, que la sexualidad es un impulso natural que empuja a la heterosexualidad o que los roles de género son naturales), más aún cuando desde el siglo XIX el naturalismo científico sustituyó a la teología pero en una línea de continuidad<sup>19</sup>. Así pues, la naturalización de las relaciones de parentesco, lleva como corolario:

*“[...] la limitación de la sexualidad a la reproducción y procreación en el marco de unas relaciones dualistas entre hombre y mujer, el reforzamiento de la idea de complementariedad de los sexos y de la heteronormatividad, la división sexual del trabajo y la subordinación de la mujer.”*

---

<sup>19</sup> Galán: pág. 47-50

Inspirada en el trabajo de Lévi Strauss, Gayle Rubín va delineando su teoría de la opresión sexual sosteniendo que:

[...] Los sistemas de parentesco se basan en el matrimonio; por lo tanto transforman a machos y hembras en “hombres” y “mujeres”, dos mitades incompletas que solo pueden sentirse completos o completas cuando se unen. Desde luego, los hombres y las mujeres son diferentes. Pero no son tan diferentes como el día y la noche, la tierra y el cielo, el ying y el yang, la vida y la muerte. La idea de que los hombres y las mujeres son más diferentes entre sí que de cualquier otra cosa tiene que provenir de algo que no es la naturaleza. Además, si bien hay una diferencia promedio entre machos y hembras en una variedad de rasgos, la gama de variación de esos rasgos muestra una coincidencia apreciable. Pero la idea de que los hombres y las mujeres son dos categorías mutuamente excluyentes debe surgir de algo distinto a una inexistente oposición “natural”. Lejos de ser una expresión de diferencias naturales, la identidad de género con exclusión es la supresión de semejanzas naturales. Requiere represión: en los hombres, de la versión local de rasgos “femeninos”; en las mujeres, de la versión local de rasgos “masculinos”. La división de los sexos tiene el efecto de reprimir algunas de las características de personalidad de prácticamente todos, hombres y mujeres. El mismo sistema social que oprime a las mujeres en sus relaciones de intercambio, oprime a todos por su insistencia en una división rígida de la personalidad”.

Del trabajo de Rubin se colige que las personas adquieren el género con el fin de asegurar el matrimonio y en tal sentido, la homosexualidad sería un proceso instituido pues:

*“Si los imperativos biológicos y hormonales fueran tan abrumadores como lo cree la mitología popular, no sería necesario asegurar las uniones heterosexuales por medio de la interdependencia económica. Además, el tabú del incesto presupone un tabú anterior, menos articulado, contra la homosexualidad. Una prohibición contra algunas uniones heterosexuales presupone un tabú contra las uniones no heterosexuales. El género no solo es una identificación con un sexo, implica además dirigir el deseo sexual hacia el otro sexo. La división sexual del trabajo está implícita en los dos aspectos del género: los crea macho y hembra y los crea heterosexuales. La supresión del componente homosexual de la sexualidad humana, y su corolario, la opresión de los homosexuales, es por consiguiente un producto del mismo sistema cuyas reglas y relaciones oprimen a las mujeres”.*

En los años 80 empieza a darse una importante crítica a la teorización sobre el género hecha hasta entonces y a cómo había venido siendo esta categoría usada por el feminismo. Se trata por un lado de cuestionar el esencialismo que conllevaba su utilización puesto que miraba a la mujer a partir de una caracterización que no se articulaba con otros criterios de exclusión sexual como por ejemplo la raza y la orientación sexual.

A ello se suma que la cuestión de la sexualidad es particularmente puesta en relieve desde la crítica post moderna, constituyendo la obra de Michel Foucault un hito fundamental hacia una nueva comprensión de aquella, con un impacto en la teorización del género, particularmente la desarrollada en la etapa “genealógica” que va desde 1969 hasta principios de los años 80 y a la cual pertenecen, entre otros, dos de sus textos centrales como lo son *Vigilar y Castigar* y *La Historia de la Sexualidad (La voluntad de saber)*. En estos textos, Foucault presenta una visión del poder como un factor que nos involucra a todos de diferente manera, no existiendo individuo que pueda quedar fuera de

él. Su particular enfoque sobre el poder le permitió desarrollar la idea de considerar a la modernidad como una *sociedad disciplinaria*, que se constituye mediante tecnologías de control y constitución de identidades<sup>20</sup>.

Es con el impacto y trascendencia de la obra de Foucault, que se inicia una etapa en la conceptualización del género que se caracteriza por la crítica a la consideración que el sexo viene determinado biológicamente, afirmándose más bien que tanto sexo y género son constructos sociales. Así, entonces, el propio cuerpo humano está sometido a fuerzas sociales que lo configuran y modifican de diferentes maneras<sup>21</sup>. Estamos aquí bajo las tesis constructivistas en las que se sostiene que hay una retroalimentación entre las ideas y percepciones sociales sobre las diferencias sexuales y la configuración de los cuerpos. Estos son creados o alterados en relación con el discurso hegemónico sobre las diferencias sexuales. En esta línea se ubica Gayle Rubin luego de la revisión de *The Traffic in Women*, pues ella advierte que:

*“La sexualidad es tan producto humano como lo son las dietas, los medios de transporte, los sistemas de etiqueta, las formas de trabajo, las diversiones, los procesos de producción y las formas de opresión. Una vez que se comprenda el sexo en términos de análisis social e histórico será posible una política sexual más realista. Podrá, entonces, pensarse sobre ella en términos de fenómenos, tales como las poblaciones, las barriadas, las pautas de asentamiento territorial, las migraciones, los conflictos urbanos, la epidemiología y la tecnología policial. Son estas categorías de pensamiento más fructíferas que las tradicionales de pecado, enfermedad, neurosis, patología, decadencia, polución o del declive y caída de los imperios<sup>22</sup>”.*

---

<sup>20</sup> Savater: pág. 376-377

<sup>21</sup> Guiddens: pág. 158

<sup>22</sup> Rubin, 1989: pág.133

Rubín, sostiene la necesidad de analizar de manera separada la sexualidad y el género, dado que tienen dinámicas propias, existencias sociales distintas y en ningún modo intercambiable. Un año después de la publicación de *Thinking in sex*, la revista *American Historical Review* presentó el trabajo de la historiadora Joan Scott, *Gender: A Useful Category of Historical Analysis*<sup>23</sup>, en el cual plantea el carácter sistémico e histórico-contextual del género que permite comprender los sistemas sociales. Inspirada también en la noción de poder planteada por Foucault, sostiene:

*“Finalmente, necesitamos sustituir la noción de que el poder social es una unidad coherente y centralizada por algo parecido al poder en Michel Foucault, que se identifica con constelaciones dispersas de relaciones desiguales, constituidas discursivamente en campos de fuerzas sociales. En esos procesos y estructuras hay lugar para un concepto de agencia humana como la tentativa de construir una identidad, una vida, un entramado de relaciones, una sociedad con ciertos límites y con un lenguaje, un lenguaje conceptual que a la vez establece fronteras y contiene la posibilidad de negación, resistencia, reinterpretación y el juego de la invención y de la imaginación metafórica*<sup>24</sup>“.

Scott plantea una definición propia del género que refleja su carácter sistémico e histórico:

*“Mi definición de género tiene dos partes y varias sub partes. Están interrelacionadas, pero deben ser distintas analíticamente. El núcleo de la definición está en una conexión integral de dos proposiciones: el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos; y el género es una forma primaria de relaciones*

---

<sup>23</sup> Scott: pág. 37-35

<sup>24</sup> Ibid: pág. 60-61

*significantes de poder. Los cambios en la organización de las relaciones sociales corresponden siempre a cambios en las representaciones de poder, pero la dirección del cambio no va necesariamente en un sentido único. Como elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en diferencias percibidas entre los sexos, el género comprende cuatro elementos interrelacionados: primero, símbolos culturalmente disponibles que evocan representaciones múltiples y a menudo contradictorias. Segundo, los conceptos normativos que manifiestan las interpretaciones de los significados de los símbolos, en un intento de limitar y contener sus posibilidades metafóricas. La intención de la nueva investigación histórica es romper la noción de fijeza, descubrir la naturaleza del debate o la represión que conduce a la aparición de una permanencia atemporal en la representación binaria del género. Este tipo de análisis debe incluir nociones políticas y referencias a instituciones y organizaciones sociales, tercer aspecto de las relaciones de género. El cuarto aspecto es la identidad subjetiva”.*

A partir de esta definición Scott plantea las implicancias sistémicas y políticas que tienen la utilización del enfoque de género puesto que es con este con el que se puede develar los patrones de poder.

Finalmente, en la crítica post moderna e influenciada también por Foucault, Judith Butler plantea que género y sexo son performativos:

*“Los actos performativos son formas del habla que autorizan: la mayor parte de las expresiones performativas, por ejemplo, son enunciados que, al ser pronunciados, también realizan cierta acción y ejercen un poder vinculante<sup>25</sup>”.*

---

<sup>25</sup> Butler, 2005: pág. 316

Para Butler género y sexo son contruidos por lo que la distinción entre ambos no existe:

*“Si la superficie del cuerpo se representa como lo natural, precisamente es esa superficie la que puede constituirse en el espacio de una disonante y desnaturalizada realización que pone de relieve el estatus performativo de lo que parece natura<sup>26</sup>”.*

Puede concluirse del recuento presentado sobre los principales hitos en la elaboración teórica sobre el género, que estamos ante un cuerpo teórico en permanente debate y elaboración pero que a su vez aporta las herramientas necesarias para la comprensión y el análisis de la regulación de la sexualidad desde el ámbito jurídico que es el que nos interesa para el presente estudio.

### **2.1.2. Concepciones teóricas sobre la sexualidad**

En el debate jurídico sobre las políticas relacionadas con la orientación sexual se pueden identificar dos posiciones contrapuestas en relación con la sexualidad humana. Desde una perspectiva teórica se puede apreciar que esas dos posiciones se insertan en el llamado debate naturaleza - cultura, que en buena cuenta es uno en el que se discute sobre lo innato o adquirido del comportamiento humano, incluida la sexualidad. Así pues:

*“...los problemas que en ese debate están en juego son los que afligen más gravemente a nuestra cultura y, en cierto sentido, a cada uno de sus miembros individualmente. ¿La condición sexuada del ser humano es un producto de la biología o es más bien una construcción social? [...] ¿La orientación sexual es*

---

<sup>26</sup> Oliva: pág. 45



*realmente objeto de elección? [...] ¿cómo valorar las conductas sexuales o las conductas homofóbicas?<sup>27</sup>”.*

Así pues, las discusiones en torno a la orientación sexual de las personas se inscriben en este debate sobre lo innato y/o lo adquirido del comportamiento humano y que en relación con la sexualidad humana se conocen como las posiciones esencialistas y constructivistas.

### **2.1.2.1. Esencialismo sexual**

Este se sustenta en un enfoque que sostiene la existencia de una dimensión inmutable y natural en la estructura psíquica del ser humano que es susceptible de descubrir y aislar. A su vez, este esencialismo está inscrito en la posición universalista que se ha expresado en las teorías evolucionistas según las cuales la naturaleza humana es la misma solo que pasa por diferentes estadios evolutivos<sup>28</sup>. Sobre esta concepción esencialista Rubin nos explica que es una que asume:

*“...la idea de que el sexo es una fuerza natural que existe con anterioridad a la vida social y que da forma a las instituciones. El esencialismo sexual está profundamente arraigado en el saber popular de sociedades occidentales, que consideran al sexo como algo eternamente inmutable, asocial y transhistórico. Dominado durante más de un siglo por la medicina, la psiquiatría y la psicología, el estudio académico del sexo ha reproducido el esencialismo. Todas estas disciplinas clasifican al sexo como una propiedad de los individuos, algo que reside en sus hormonas o en sus psiques. El sexo puede, indudablemente, analizarse en términos psicológicos o fisiológicos, pero*

---

<sup>27</sup> Nubiola: pág. 2

<sup>28</sup> Fuller: pág. 45

*dentro de estas categorías etnocentristas, la sexualidad no tiene historia ni determinantes sociales significativos”.*

Así pues, lo que sucedería con el ser humano, según esta teoría, es que de acuerdo básicamente a los genitales se es varón o se es mujer, pero además dicha condición biológica explicaría las características de conducta que dan contenido a lo que se entiende como lo femenino y lo masculino. Lo que queda fuera de esta categorización es asumido como antinatural, y en consecuencia, patologizado por la medicina, la psicología y otras disciplinas. Rust llama la atención sobre el propio término ‘esencia’ cuyo significado alude a algo real en sentido absoluto; algo que se podría constatar cuando se eliminan los prejuicios culturales, en este sentido afirma que: *“...cuando hablamos de descubrir nuestras sexualidades, estamos pensando en términos esencialistas porque asumimos que hay algo que existe dentro nuestro desde antes que pudiéramos conocerlo<sup>29</sup>”.*

Un papel central y determinante en la concepción esencialista lo tiene la reproducción biológica. Dado que la posibilidad de un nuevo ser exige la unión de al menos un óvulo con un espermatozoide, el coito heterosexual se concibe como lo natural e indispensable para la perpetuación de la especie. A ello se suma la identificación de una serie de conductas sexuales que se consideran determinadas por la biología, diferentes para varones y mujeres, y que se apoyan en investigaciones de la conducta sexual en los animales. Bajo estas premisas, la genitalidad es determinante para asumir la conducta sexual, así:

*“...la sexualidad se centra en el contacto entre genitales, es decir, en el coito genital, que es a su vez identificado con la reproducción. A partir de ahí, se construye una idea de complementariedad ‘natural’ entre los genitales de los*

---

<sup>29</sup> Rust: pág. 2

*dos sexos que se extiende a los cuerpos de los dos sexos y que posteriormente se amplía a nivel simbólico y social con la construcción cultural del sistema de género<sup>30</sup>”.*

La ilustración desplegó un discurso esencialista en torno al sexo y la conducta de las personas. La idea de complementariedad en la reproducción biológica a la que hemos aludido anteriormente, se extiende a la noción de complementariedad entre varón y mujer en todos los otros niveles de la vida humana y la organización social, es decir, ya no solo en la reproducción. De tal modo que el orden natural coloca a las mujeres y varones en ámbitos distintos (opuestos, binarios, diádicos) y la heterosexualidad es presentada como lo natural y normal. Iluminado por el esencialismo Ruse sostiene que: *“las personas con orientación homosexual, conducente en mayor o menor medida a actividades homosexuales, son obra de la naturaleza. Intentar describirlas no es una tarea absurda, e intentar explicar y comprender su naturaleza no es una empresa condenada de antemano al fracaso conceptual”.*

El esencialismo sexual es rebatido por posturas como las de Michel Foucault, de quien podría decirse es el padre del constructivismo sexual.

#### **2.1.2.2. Constructivismo sexual**

Este enfoque es una respuesta al esencialismo sexual pues sostiene: *“... que es imposible aislar una naturaleza humana pura en tanto esta es, por definición, producto de las circunstancias histórico-culturales de cada grupo humano. Según esta posición, el hecho de que el ser humano nazca sin instintos fijos y deba aprender a actuar, sentir y pensar a través del proceso*

---

<sup>30</sup> Galán: pág. 41

*de endoculturación, hace que el producto no sea la expresión de una naturaleza humana universal sino de la manera en que esa cultura particular los moldeó como humanos<sup>31</sup>”.*

La obra de Michel Foucault puede ser considerada la matriz de las tesis constructivistas sobre la sexualidad. Foucault sostiene una tesis contraria a la que considera que las sociedades industriales han inaugurado una era de represión del sexo, por el contrario, afirma que:

*“... es preciso abandonar la hipótesis de que las sociedades industriales modernas inauguraron acerca del sexo una época de represión acrecentada. No solo se asiste a una exploración visible de sexualidades heréticas. También, y este es el punto importante, un dispositivo muy diferente de la ley, incluso si se apoya localmente en procedimientos de prohibición, asegura por medio de una red de mecanismos encadenados la proliferación de placeres específicos y la multiplicación de sexualidades dispares”.*

Contradiendo las tesis freudianas que explican las acciones y los sentimientos a partir de nuestra verdadera naturaleza cuyos orígenes se deben buscar en la pulsión sexual, *“Foucault se propone salir del esquema que hace de la sexualidad una invariante y supone que si ella asume formas de manifestación históricamente singulares es por efecto de los diferentes mecanismos represivos a los cuales está expuesta en toda sociedad, por lo cual debería vérsela como un producto histórico peculiar de Occidente<sup>32</sup>.”*

En la *Historia de la Sexualidad* Foucault se remonta a los inicios de la tradición cristiana para identificar en esta etapa la asociación entre sexo y pecado. El

---

<sup>31</sup> Fuller: pág. 45

<sup>32</sup> Fuller: pág. 50-51

mecanismo más importante para esta noción de sexualidad fueron las prácticas de autoexamen y confesión que dieron contenido a un saber sobre el sexo: *“... la confesión es un ritual de discurso en el que el sujeto que habla coincide con el sujeto del enunciado; también es un ritual que se despliega en una relación de poder, pues no se confiesa sin la presencia al menos virtual de otro, que no es simplemente el interlocutor sino la instancia que requiere la confesión, la impone, la aprecia e interviene para juzgar, castigar, perdonar, consolar, reconciliar; un ritual donde la verdad se autentifica gracias al obstáculo y las resistencias que ha tenido que vencer para formularse; un ritual, finalmente, donde la sola enunciación, independientemente de sus consecuencias externas, produce en el que la articula modificaciones intrínsecas: lo torna inocente, lo redime, lo purifica, lo descarga de sus faltas, lo libera, le promete la salvación<sup>33</sup>”*.

La siguiente etapa que resalta Foucault es la que corresponde al siglo XVIII caracterizado por un crecimiento del aparato estatal y con ello el desarrollo de diversas teorías sobre planificación económica. Se da en este marco una nueva racionalidad que valora el crecimiento de la población de cara a la obtención de mayor riqueza y que da origen a otro saber sobre el sexo:

*“Nace hacia el siglo XVIII una incitación política, económica y técnica a hablar de sexo. Y no tanto en forma de una teoría general de la sexualidad, sino en forma de análisis, contabilidad, clasificación y especificación, en forma de investigaciones cuantitativas o causales. Se debe hablar de sexo, se debe hablar públicamente y de modo que no se atenga a la división de lo lícito y lo ilícito, incluso si el interlocutor manifiesta para sí la distinción; se debe hablar como de algo que no se tiene, simplemente, que condenar o tolerar, sino que dirigir, que insertar en sistemas de utilidad, regular para el mayor bien de todos,*

---

<sup>33</sup> Foucault: pág. 78

*hacer funcionar un óptimo. El sexo no es cosa que solo se juzgue, es cosa que se administra. Participa del poder público; solicita procedimientos de gestión; debe ser tomado a cargo por discursos analíticos”.*

Lo que anteriormente se describe es en buena cuenta el nacimiento de la ciencia demográfica que adoptó como objeto de estudio las conductas reproductivas de los súbditos del estado. Así pues confluyen nuevamente sexualidad y poder a través de la regulación de las poblaciones de cara a objetivos utilitarios<sup>34</sup>.

Los gobiernos advierten que no se trata de la sexualidad humana como un problema individual simplemente, sino referida a la población y sus necesidades específicas, sus variables propias: natalidad, morbilidad, duración de la vida, fecundidad, estado de salud, frecuencia de enfermedades, formas de alimentación y de vivienda, etc. En el corazón de este problema económico y político, los estados deben desarrollar estrategias de control social para la sexualidad. De modo que de lo que se trata no es de un puro y simple llamado al silencio respecto de la sexualidad humana sino más bien en un nuevo régimen de discursos: son otras las instituciones que los enuncian, desde otros puntos de vista y para obtener efectos diferentes.

Finalmente en el siglo XIX la medicina y la psiquiatría generan un nuevo discurso sobre la sexualidad. La medicina general del cuerpo quedó separada de la medicina del sexo, se aisló así el “instinto” sexual susceptible de presentar anomalías constitutivas, desviaciones, patologías, etc. Foucault señala que la *Psychopathia sexualis* de Heinrich Kann en 1846, es un indicador que desde ese entonces se produce un aislamiento del sexo respecto del cuerpo y la aparición de una medicina que él califica de “ortopedia”, es decir,

---

<sup>34</sup> Fuller: pág. 52

el dominio médico, psicológico de las “perversiones” que terminaron por desplazar a las categorías morales. Aunado a esto, se hizo la vinculación entre herencia y sexo, asignándosele a éste una responsabilidad biológica en relación con la especie.

*“... el sexo no sólo podía verse afectado por sus propias enfermedades, sino también, en el caso de no controlarse, transmitir enfermedades o bien creárselas a las generaciones futuras: así aparecía en el principio de todo un capital patológico de la especie. De ahí el proyecto médico y también político de organizar una administración estatal de los matrimonios, nacimientos y sobrevivencias; el sexo y su fecundidad requieren una gerencia. La medicina de las perversiones y los programas de eugenesia fueron en la tecnología del sexo las dos grandes innovaciones de la segunda mitad del siglo XIX”.*

El conjunto perversión-herencia-degeneración constituyó el sólido núcleo de nuevas tecnologías del sexo. Y no hay que imaginar que se trataba sólo de una teoría médica científicamente insuficiente y abusivamente moralizadora. Su superficie de dispersión fue amplia, y profunda su implantación. Psiquiatría, jurisprudencia también, y medicina legal, instancias de control social, vigilancia de niños peligrosos o en peligro, funcionaron mucho tiempo con arreglo a la teoría de la degeneración, al sistema herencia – perversión. Toda una práctica social, cuya forma exasperada y a la vez coherente fue el racismo de Estado, dio a la tecnología del sexo un poder terrible y efectos.

La obra de Foucault en torno a la noción de sexualidad abrió el camino hacia nuevas teorías e hipótesis como las planteadas por Rubin o Butler y en términos generales ha sido la base teórica que ha permitido desarrollar tesis constructivistas que se basan en la idea que categorías vinculadas a lo que entendemos por sexualidad son socialmente construidas y que constituyen un

referente para la producción de identidades. Estas categorías creadas como “gay”, “lesbiana”, “heterosexual”, etc., hacen que los seres humanos ubiquen sus deseos y sentimientos, esto es, que los interpreten usando los conceptos creados por la cultura y que a su vez les indican el tipo o clase de personas que son. Así, Rust describiendo las implicancias del constructivismo sexual señala de manera elocuente:

*“Existimos, por cierto, pero existimos porque hemos llegado a pensarnos de esta manera. Una casa no es menos real por el hecho de haber sido construida; necesitamos abrigo, y construir una casa es una buena manera de proporcionarnos ese abrigo. Cuanto más tiempo vivimos en una casa y cuanto más cómodos nos sentimos en ella, más difícil nos resulta imaginar un tiempo en el que esa casa no existía”.*

### **2.1.3. La heterosexualidad como institución**

La heterosexualidad es un modelo de organización económico y social, así como un estilo de vida que se organiza alrededor del matrimonio entre varón y mujer con fines reproductivos y ha convertido a esta particular sexualidad en normativa, además que existen mecanismos sociales encargados de canalizar y reforzar la sexualidad de la mayor parte de la población hacia la heterosexualidad (Galán:42). Diversas autoras han señalado que la heterosexualidad se ha constituido como una de las instituciones claves del patriarcado. Así, lo han sostenido por ejemplo Adrienne Rich y Teresa de Lauretis para quienes la heterosexualidad obligatoria, entendida como institución, permite hacer un análisis más adecuado sobre el lugar que la heterosexualidad ocupa en la sociedad, en tanto que se le concibe como



fundante del género, la sexualidad propiamente dicha, los modos de relación entre los sujetos y de pensamiento sobre ellos<sup>35</sup>.

En esta línea de crítica, Adrienne Rich escribió *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence* para alentar a las feministas heterosexuales a mirar la heterosexualidad como una institución política que merma poder a las mujeres. Rich pone en evidencia que diferentes formas de manifestación del poder masculino imponen la heterosexualidad a aquellas.

Por su parte Monique Wittig pone énfasis en lo que ella denomina *el pensamiento heterosexual*. Así sostiene que:

*“Los discursos que nos oprimen muy en particular a las lesbianas, mujeres y a los hombres homosexuales dan por sentado que lo que funda la sociedad, cualquier sociedad, es la heterosexualidad. Estos discursos hablan de nosotras y pretenden decir la verdad en un espacio apolítico, como si todo ello pudiera escapar de lo político en este momento de la historia, y como si en aquello que nos concierne pudiera haber signos políticamente insignificantes.*

*Y por mucho que se haya admitido en estos últimos años que no hay naturaleza, que todo es cultura, sigue habiendo en el seno de esta cultura un núcleo de naturaleza que resiste al examen, una relación excluida de lo social en el análisis y que reviste un carácter de ineluctabilidad en la cultura como en la naturaleza: es la relación heterosexual. Yo la llamaría la relación obligatoria social entre el “hombre” y la “mujer”. Habiendo planteado como un saber, como un principio evidente, como un dato anterior a toda ciencia, la ineluctabilidad de esta relación, el pensamiento heterosexual se entrega a una interpretación totalizadora a la vez de la historia, de la realidad social, de la cultura, del lenguaje y de todos los fenómenos subjetivos. No puedo sino subrayar aquí el*

---

<sup>35</sup> Gamba: pág. 172

*carácter opresivo que reviste el pensamiento heterosexual en su tendencia a universalizar inmediatamente su producción de conceptos, a formular leyes generales que valen para todas las sociedades, todas las épocas, todos los individuos”.*

Esta tendencia a la universalidad tiene como consecuencia que el pensamiento heterosexual es incapaz de concebir una cultura, una sociedad, en la que la heterosexualidad no ordenara no sólo todas las relaciones humanas, sino su producción de conceptos al mismo tiempo que todos los procesos que escapan a la conciencia.

#### **2.1.4. Jerarquización sexual**

En el marco de la comprensión de la heterosexualidad como una institución política es posible identificar la existencia de una ideología en las sociedades occidentales modernas que jerarquiza los actos sexuales, dotando de valor y reconocimiento a unos y estigmatizando a otros. Gayle Rubin representa esta jerarquía en una pirámide a través de la cual se organiza la conducta sexual, ubicándose en la cúspide de ésta a los heterosexuales reproductores casados quienes gozan de respeto social, apoyo institucional, además de reconocerles un buen estado de salud mental. En el otro extremo de esa pirámide se ubican los homosexuales y lesbianas promiscuos junto con los transexuales, travestis, fetichistas, sadomasoquistas y trabajadores del sexo. A este grupo se le estigmatiza y sanciona de diferentes maneras.

Las raíces de tal estigmatización se encuentran en las tradiciones religiosas occidentales, pero posteriormente es el resultado del discurso médico y psiquiátrico, como ya fue explicado líneas arriba a través de la investigación genealógica hecha por Foucault. Rubin también señala que las parejas

estables de lesbianas y gays se ubican en el borde de la respetabilidad, pero la idea central de este orden jerárquico es que conforme se desciende en la pirámide se va perdiendo esa respetabilidad y se va entrando al campo de la criminalidad, de las restricciones, entre otros. Ahora bien, como resultado de los conflictos sexuales de la década pasada, algunas conductas cercanas a la frontera están comenzando a rebasarla lentamente. Las parejas no casadas que viven juntas, la masturbación y ciertas formas de la homosexualidad se mueven hacia la respetabilidad. La mayor parte de las conductas homosexuales permanecen todavía en el lado malo, pero si es en parejas monógamas, la sociedad está empezando a reconocer que posee toda la riqueza de la interacción humana.

La dimensión jurídica juega un papel muy importante sosteniendo la estratificación sexual, el Estado regula la sexualidad a través de normas, decisiones y del funcionamiento de sus instituciones. Estamos pues ante un sistema de estratificación legal que se construye sobre dos pilares, el de la regulación estatal y el de la ideología producida fundamentalmente por las iglesias, la familia, los medios de comunicación pública y la medicina, ambos pilares apuntando a sostener un modelo hegemónico sobre cómo se debe vivir la sexualidad caracterizado por la heterosexualidad.

#### **2.1.5. La heteronormatividad**

La comprensión de la heterosexualidad como institución política que se plasma en un modo hegemónico de ejercicio de la sexualidad y que se articula con la jerarquización de las conductas y expresiones sexuales, puede concretizarse en el concepto de heteronormatividad.

*“Con el concepto de heteronormatividad se señala la existencia de instituciones, estructuras sociales, modelos de comprensión y orientación*

*práctica que hacen aparecer la heterosexualidad no solo como coherente – es decir, organizada como sexualidad -, sino también como privilegiada<sup>36</sup>”.*

Se trata pues de un conglomerado de principios morales, religiosos y legales que es el resultado de un juego de poder entre diferentes sectores sociales y actores políticos en torno a relaciones de producción, ideologías y factores culturales (Vaggione:21). Es así que opera como:

*“Definición de lo real, de lo natural, de lo bueno y de lo bello que, elaborada por instituciones e intelectuales orgánicos, fijada en aparatos legislativos y represivos, y dotada de eficacia social por las instituciones – dispositivos – del saber experto, responde a los intereses de los sectores sociales que, en y, por esas luchas, se constituyen en dominantes.*

*Entendemos pues que la heteronormatividad, vaya mucho más allá de la sexualidad, y que no sea en ningún sentido la contraparte de la heterosexualidad: como modalidad de hegemonía es un hecho sociocultural, político y económico, no única ni fundamentalmente sexual<sup>37</sup>.”*

#### **2.1.6. La noción de familia desde una concepción heteronormativa**

La heteronormatividad juega un papel central en las concepciones sobre familia y parentesco en el mundo occidental y es precisamente ese hecho lo que ha limitado las posibilidades que las personas homosexuales encuadren sus relaciones en términos de familia y matrimonio<sup>38</sup>. La concepción heteronormativa de familia, articulada con la de parentesco, conduce a verla como una institución natural, anterior a cualquier construcción social y también

---

<sup>36</sup> Vilaamil: pág. 7

<sup>37</sup> Vilaamil: pág. 7-8

<sup>38</sup> Galán: pág. 143

nos remite a unos roles de género naturalizados. Así tenemos como resultado nociones como la siguiente:

*“La familia tiene un origen natural. Desde épocas primitivas se encuentra la familia, como consecuencia de la tendencia del hombre de cuidar, proteger, alimentar, educar a sus hijos, formar un hogar, y de su necesidad de vivir en hogar.*

*La familia nace por el desarrollo de la vida humana. Es una aparición espontánea y natural. Se dice por eso, que la familia es la institución más cercana a la naturaleza, que la familia es la más antigua de las sociedades, la más importante y la base de todas las demás<sup>39</sup>”.*

*Y en esa misma línea de ideas, el matrimonio tiene dos funciones, que son:*

*“... la fidelidad de los cónyuges y la procreación de los hijos. La primera constituye el fin del matrimonio mientras que la segunda su resultado”.*

El desmantelamiento de la noción de familia, ha permitido ver que su naturalización se trata más bien de una ideología que se volvió hegemónica. Es precisamente dicha naturalización la que ha permitido, en este caso, que quienes ven excluidas sus relaciones de la definición de familia y/o matrimonio, no lo perciban como un acto de discriminación sino que la asuman inconscientemente como algo dado e incontestable<sup>40</sup>. No obstante, esto último ha cambiado. Es decir, el movimiento feminista y por la diversidad sexual, así como la propia realidad, que revela una variedad de arreglos familiares, ha puesto en jaque ese modelo hegemónico. Y aunque las resistencias son

---

<sup>39</sup> Calle: pág. 17

<sup>40</sup> Galán: pág. 32

fuertes, los cambios se van institucionalizando, en particular a través del discurso jurídico, ya sea porque se van produciendo reformas legales o por medio de la actuación de la judicatura, que actuando bajo el nuevo paradigma constitucional, han desplazado a las legislaciones que legitimaban a la familia nuclear, heterosexual y basada en el matrimonio, creando marginalidades.

Estamos pues ante una comprensión de la familia que se encuentra en debate y transformación, pero ello como sostiene Beck-Gernsheim - en relación con la realidad europea, pero a tomar en cuenta en Latinoamérica - no significa que la familia tradicional desaparezca, sino que va perdiendo el monopolio que antes tenía:

“Su importancia cuantitativa se ve reducida, apareciendo y difundiéndose nuevas formas de convivencia que no es que apunten a que la gente viva sola, o lo menos la mayor parte, sino más bien a vinculaciones de otro tipo, por ejemplo: sin el certificado matrimonial o sin hijos; familias monoparentales, una segunda familia o parejas del mismo sexo; relaciones de fin de semana o con compañeros para un tramo de la vida; vidas compartidas con varios hogares o con la residencia en diferentes ciudades<sup>41</sup>”.

A manera de conclusión podemos señalar que a las categorías como sexo, género y sexualidad no se les puede atribuir un contenido inequívoco y estático. Por el contrario, del debate que estas han suscitado sobre su significado y alcances podemos evidenciar que se tratan de aspectos que se han ido re elaborando, proceso que además ha puesto en cuestión la construcción de un orden social basado en categorías binarias que el Derecho ha legitimado y regulado en relación a instituciones como la familia y que es necesario desmontar para aspirar realmente a los valores de igualdad,

---

<sup>41</sup> Beck-Gernsheim: pág. 28

equidad, dignidad y respeto a la diversidad que se buscan garantizar en un Estado Constitucional como el nuestro.

## **2.2. LA IGUALDAD PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES FAMILIARES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

En este capítulo me propongo demostrar que la igualdad es el argumento más importante y consistente para el reconocimiento de las uniones afectivas entre personas del mismo sexo; sin embargo, este fundamento no está exento de problemas. Un problema de fondo tiene que ver con que el matrimonio y las uniones de hecho, al ser creaciones jurídicas heteronormativas, hacen que la sola ampliación de esas instituciones para incluir a parejas del mismo sexo, sea asumida por un sector importante del movimiento por la diversidad sexual como una política asimilacionista que no cuestiona el orden heteronormativo y que solo favorece, dentro de la heterogeneidad de las sexualidades, a gays y lesbianas. Esta posición, como lo explica Vaggione, está fundamentalmente asociada a perspectivas más trasgresoras como la teoría *queer*, para las cuales lo importante no es obtener más derechos para incluir a las personas LGBTQ en concepciones pre-establecidas de familias sino cambiar la matriz heterosexual que sostiene la noción de familia y sus instituciones<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Vaggione: pág. 19-20

Aquí asumo que la extensión a gays y lesbianas del matrimonio y las uniones de hecho, así como la regulación sobre el rol de cuidado de los hijos e hijas, tiene un efecto muy importante pues cuestiona la concepción que asume a la familia y la heterosexualidad como naturales, rompiendo con el modelo tradicional de familia y constituyendo una clara respuesta a la cantidad de prejuicios que se tienen en relación con la homosexualidad. En este punto es importante destacar el carácter performativo que tiene el Derecho cuando ejerce actos como la dación de una norma o cuando un operador declara una situación; con esto quiero decir que cuando el Derecho señala que un matrimonio es la unión de dos personas, independientemente de su sexo, se da origen a una realidad que rompe la heteronormatividad y cuestiona el orden vigente.

Para el propósito de este capítulo voy en primer término a trabajar el concepto de igualdad como un principio que asumido en su real significado y, con las consecuencias que de este se derivan, se convierte en el argumento central para hacer de la legalización de las uniones entre personas del mismo sexo, un imperativo. En este sentido, desarrollaremos los alcances del concepto de igualdad y los problemas que éste plantea, para luego vincularlo al factor de diferenciación que comúnmente se denomina *orientación sexual*. En particular sobre este segundo aspecto fundamentaremos las razones por las cuales la orientación sexual no puede ser asumida como un criterio para delinear instituciones familiares como el matrimonio, concubinato, entre otras.

### **2.2.1. Consideraciones y problemas en torno a la igualdad**

Siguiendo a Comanducci asumimos que la igualdad es: *“... el concepto por el cual se describe, se instaura o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos, que poseen al menos una característica relevante*



*común. Decir que dos entes son iguales no equivale a afirmar que son idénticos. Equivale a afirmar que, a pesar de que no son idénticos, hacemos abstracción de sus diferencias, las dejamos de lado y tomamos como relevantes las características que tienen en común*<sup>43</sup>.

Siendo evidente que no todos somos iguales, la igualdad es claramente una ficción y, como tal, se trata de una noción normativa. Como señala Laporta, cuando apelamos a la noción de igualdad estamos invocando un ideal, un “desiderátum”, un estado de cosas que debería ser. En este sentido, la noción de igualdad se configura como un principio, es decir, que no se ocupa de lo que sucede en la realidad sino de lo que debe suceder, a saber, que los seres humanos deben ser tratados como iguales independientemente de cuáles sean sus rasgos comunes o distintivos<sup>44</sup>. Enfocar la igualdad como un principio implica concederle el estatus de una metanorma en la medida en que le exige al conjunto de normas la generalidad en relación con su estructura, contenidos y efectos.

Así pues, la relación de igualdad, desigualdad entre unos seres y otros no está definida por los hechos sino por la valoración, la “mediación” normativa de esos hechos que lleva a cabo el conjunto de las normas operativas en una sociedad, al atribuirles un significado y unas consecuencias. Estamos así frente a la *igualdad ante la ley como exigencia de equiparación* la cual supone un tratamiento igual de circunstancias no coincidentes pero que se considera que tales faltas de coincidencia o desigualdades son irrelevantes ya sea para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de la normatividad<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Comanducci, 1995: pág. 84

<sup>44</sup> Laporta, 1985: pág. 3-4

<sup>45</sup> Pérez Luño: pág. 19

El tema que nos ocupa en la presente investigación alude a un criterio que se suele llamar “orientación sexual” y que ha sido utilizado para categorizar a las personas tomando en cuenta, a partir de sus características genitales, con quiénes se vinculan en el plano sexual. En el imaginario social la orientación sexual paradigmática ha sido tradicionalmente la heterosexualidad, que como se ha visto en el capítulo primero responde a un conjunto de concepciones y necesidades de corte económico y político-religioso pero que ha quedado sedimentado y asumido comúnmente como una determinación biológica. Así pues, cuando hablamos de orientación sexual estamos ante dos concepciones en debate: esencialismo y constructivismo, según se asuma que la sexualidad viene determinada por la naturaleza o por la cultura, respectivamente.

Lo constatable es que el ejercicio de la sexualidad ha generado clasificaciones y jerarquizaciones como ya ha sido explicado; clasificaciones que operan en el plano de las prácticas sociales pero también, muy fuertemente, en el plano de la regulación jurídica. Precisamente, en el caso peruano, la regulación de las relaciones de pareja se ha fundado sobre una matriz heterosexual. Así, la norma de las Familias establece que: *“El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer la vida en común”*.

Queda claro, jurídicamente que la norma familiar en nuestra legislación ha previsto que la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años consecutivos.

Estamos pues ante un ordenamiento legal que genera un significado de matrimonio y uniones de hecho cuyo elemento constitutivo es la heterosexualidad. Cabe interrogarse si la orientación sexual de una persona, ya sea que se asuma una tesis esencialista o una constructivista, constituye un factor que debería ser asumido como irrelevante en la definición de matrimonio y unión de hecho. La respuesta a dicha interrogante debe estar iluminada por la comprensión de la igualdad como un principio que está atento a la justificación de los criterios de selección o clasificación de los grupos, para darle determinada consecuencia normativa. En la línea de lo que señala Laporta, se debe tener en cuenta que el principio de igualdad impone una serie de constricciones sobre el conjunto de criterios de clasificación (condiciones de aplicación) de tal modo que, más allá de la universalidad y generalidad, lo que importa es si las condiciones de aplicación son compatibles con el principio en cuestión. Así, afirma que:

*“... si dos individuos A y B cumplen con las propiedades p1, p2, p3, etc., entonces el tratamiento T que deben recibir ha de ser igual, cualquiera que sea ese tratamiento (adscripción de derechos civiles o políticos, atribución de recursos o rentas, etc.). La fuerza de este principio consiste básicamente en que parece reflejar una exigencia de racionalidad práctica: si a un sujeto A se le debe tratar de cierta manera, a otro sujeto idéntico a A en sus rasgos o propiedades relevantes no hay razón alguna para tratarlo de modo distinto. Lo que esto quiere decir es que, así concebida, la igualdad está dotada en principio de una justificación interna a priori, y que lo que necesita y exige una justificación ulterior es, precisamente, la desigualdad: y aquí es donde podríamos empezar a encontrar los límites o problemas de la igualdad (...) la*

*igualdad se termina cuando aparece una justificación de la desigualdad más fuerte que la justificación prima facie de la igualdad<sup>46</sup>.*

Para operar del modo en el que lo hemos señalado anteriormente, la igualdad se manifiesta o da a luz al mandato de no discriminación. Lo que nos dice este último es que hay factores diferenciadores que deben ser tomados como irrelevantes de cara a la aplicación de consecuencias normativas. La Constitución de 2009 prohíbe la discriminación por raza, sexo, religión, entre otros, lo que significa que no se pueden adoptar normas ni decisiones distintas para personas bajo el argumento del color de la piel, de si es varón o mujer, católico o musulmán, etc. Existe un denominador común de estos criterios como es que responden a factores históricos y sociales de discriminación. A lo anterior se suma el hecho que la cláusula antidiscriminatoria de nuestra Constitución señala al final de la lista de motivos prohibidos los de “cualquier otra índole”, esto es, hay una lista abierta de razones vedadas para diferenciar. La pregunta es cuán abierta es la lista y en qué punto se establece el límite entre la relevancia e irrelevancia de los motivos. A este aspecto se refiere Laporta como “principio abierto”, sobre el que señala que sería:

*“... imposible enumerar o hacer un listado de los rasgos que, incluso en un momento histórico determinado, son o han de ser considerados como irrelevantes. La raza, el sexo, la religión han sido ejemplos particularmente dramáticos y disputados, pero hay muchos más que, por obvios, no han sido ni siquiera mencionados en la historia: poseer un lunar en el antebrazo, practicar equitación, ser aficionado a la filatelia, etc.”*

### **2.2.2. La igualdad en relación con la orientación sexual**

---

<sup>46</sup> Laporta, 1994: pág. 69

Señala Bobbio que, en las relaciones de igualdad, debe quedar claramente determinados dos aspectos, a saber, “¿igualdad entre quienes?” e “¿igualdad en qué?”. De este modo, si se limita el criterio de especificación al par todo-parte, caben cuatro posibles respuestas: a) igualdad entre todos en todo; b) igualdad entre todos en alguna cosa; c) igualdad entre algunos en todo; d) igualdad entre algunos en alguna cosa<sup>47</sup>.

Así pues, en relación con nuestro tema, lo que postulamos es la igualdad entre todas las personas en el acceso al matrimonio y a tener convivencias reconocidas como tales por el Estado, de tal modo que se debe hacer una abstracción de la manera cómo viven su sexualidad y de la categorización que se hace de ella. En sentido contrario, mantener una diferenciación basada en el criterio de la orientación sexual de las personas como lo hace el código civil peruano constituye una violación del principio de igualdad.

En un enunciado igualitario son identificables tres partes:

Universo de los sujetos + Relación de los sujetos + Tratamiento

Cuando identificamos el universo de sujetos respecto de los cuales predicamos la igualdad, lo que en realidad estamos haciendo es un proceso mental de abstracción que implica una omisión selectiva de propiedades de los sujetos. Así entonces, si éstos se ajustan a las propiedades incluidas en la descripción entonces concluimos que esos seres satisfacen la descripción (Ibid). El problema en nuestro ámbito de investigación radica en determinar si en el campo de los derechos familiares (el matrimonio y las uniones de hecho, en particular) la condición homosexual es una propiedad que debemos considerar como relevante para otorgarle un tratamiento diferenciado.

---

<sup>47</sup> Bobbio, 1993: pág. 83.

### 2.2.3. ¿Es relevante el criterio de la orientación sexual para la regulación del matrimonio y la unión de hecho?

Para responder a esta pregunta es necesario indagar si existe una justificación moral deontológica para considerar que el criterio de orientación sexual derrota al principio de igualdad y, por lo tanto, constituye una razón para un tratamiento diferencial; para ello, es necesario partir del fundamento del principio de igualdad<sup>48</sup>. En relación con esto, coincidimos con Nino<sup>49</sup>, cuando asume la tesis que sostiene que los principios morales se deducen a partir de la práctica social de la discusión moral, asumiendo la perspectiva moral de la universalidad e imparcialidad. Los principios morales resultantes de dicha práctica deben ser aceptados sin justificación ulterior, lo que no significa que no puedan ser racionalmente cuestionables; por ello, su validez será tan solo *prima facie* y no absoluta. El tipo de discusión moral aludido consiste en argumentar a favor o en contra de conductas y pretensiones de los individuos, reconociendo a su vez ciertas circunstancias básicas de todos los seres humanos.

La práctica de la discusión moral asume un conjunto de valores<sup>50</sup>. En primer lugar la *autonomía* en la medida que lo que se busca es alcanzar un consenso el cual supone la libre aceptación de principios para justificar acciones y actitudes. De este presupuesto de autonomía moral se deduce el principio de autonomía personal que prescribe que:

*“... siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción limitándose a diseñar instituciones que*

---

<sup>48</sup> Vásquez, 2006: pág. 139

<sup>49</sup> Citado por Vásquez: pág. 131

<sup>50</sup> Vázquez: pág.131

*faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución<sup>51</sup>”.*

En segundo lugar, la *dignidad* la cual cumple una función tuitiva en relación a que la autonomía de unos no se afirme sobre la falta de autonomía de otros. Como lo señala Vásquez, este principio de dignidad está implícito en la adopción del punto de vista moral exhibido por el mismo discurso moral:

*“La adopción de un punto de vista moral sugiere, por una parte, que se acepte la racionalidad e imparcialidad moral y, por otra, que tal imparcialidad no suponga dejar de lado la independencia y separabilidad de las personas sino, por el contrario, que cada una sea considerada por su propia identidad. [...] Este principio supone que no pueden imponerse privaciones de bienes de una manera no justificada, ni que una persona pueda ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra<sup>52</sup>”.*

Por último, el rasgo de imparcialidad que requiere el punto de vista moral, necesita de la noción normativa de *igualdad* para que cada individuo pueda en igualdad de condiciones acceder a una vida autónoma y digna.

Establecidos los valores que se asumen en la discusión moral aludida, es necesario responder a nuestra pregunta inicial sobre la relevancia o irrelevancia de la orientación sexual de cara a diferenciar o igualar en el tratamiento jurídico. Para ello, nos proponemos atender a los argumentos y contra argumentos de la posición que considera que las personas, independientemente de su orientación sexual, deben poder contraer

---

<sup>51</sup> Nino, 1989: pág. 204-205

<sup>52</sup> Vásquez: pág. 137-138

matrimonio o que sus convivencias sean reconocidas y dotadas de los efectos jurídicos que tradicionalmente han tenido las convivencias heterosexuales. Esta discusión debe reconocer la existencia de un piso o límite moral mínimo que está constituido por la racionalización de las necesidades básicas de los individuos que se deben mínimamente cumplir para la realización de un plan de vida.

Es preciso señalar que existen diversos enfoques teóricos para determinar qué aspectos constituyen este mencionado piso inferior, entre los que podríamos destacar, siguiendo a Vásquez el enfoque de las necesidades y el de las capacidades (Ibid). El primero afirma que existen intereses o aspiraciones humanas que reclaman su satisfacción con mayor urgencia moral y normativa; se trata de aspiraciones humanas propiamente universales, en tanto que son condición de una vida propiamente humana. Doyal y Gough, por ejemplo, sostienen la distinción entre *necesidades básicas objetivas* (salud física y la autonomía personal) e *intermedias*, que son las básicas pero variables de contexto social y político y que son necesidades referidas a la salud, a la autonomía y a la maternidad<sup>53</sup>. Vásquez, por su parte, alude al concepto de necesidad básica propuesto por R. Zimmerling, según el cual:

“N es una necesidad básica para x si y solo si, bajo las circunstancias dadas en el sistema socio-cultural S en el que vive x y en vista de las características personales P de x, la no satisfacción de N le impide a x la realización de algún fin no contingente, es decir, que no requiere justificación ulterior y, con ello, la persecución de todo plan de vida<sup>54</sup>”.

---

<sup>53</sup> Citado por Parellada, 2008: pág. 78-79

<sup>54</sup> citado por Vásquez: pág. 132



Por otro lado, se tiene el enfoque de capacidades teorizado por Marta Nussbaum sobre el cual ella destaca que:

*“... es una doctrina política acerca de los derechos básicos ... que se limita a especificar algunas condiciones necesarias para que una sociedad sea mínimamente justa, en la forma de un conjunto de derechos fundamentales para todos los ciudadanos. No garantizar estos derechos a los ciudadanos constituye una violación especialmente grave a la justicia básica, pues se pretenden implícitos en las nociones mismas de la dignidad humana y de una vida acorde con la dignidad humana. Una forma de concebir la lista de capacidades es como una lista de garantías constitucionales, análoga a la sección de Derechos Fundamentales de la Constitución india, o a la Carta de Derechos (más corta) de la Constitución estadounidense”.*

Las capacidades humanas básicas que propone y explica Nussbaum y que son muy iluminadoras para nuestro tema, son las siguientes:

- a. Vida: En el sentido de vivir por un período normal, es decir, ni morir de forma prematura ni por un período que no valga la pena.
- b. Salud física: Gozar de una buena salud inclusive la salud reproductiva. Ello además en relación con una buena alimentación y un lugar adecuado para vivir.
- c. Integridad física: Poder tener libre tránsito y tener una vida libre de violencia. Tener oportunidades para la satisfacción sexual y libertad para tomar decisiones en el campo de la reproducción.
- d. Sentidos, imaginación y pensamiento: Poder usar estos *de un modo auténticamente humano* que se cultiva y se configura a través de una educación adecuada; poder hacer uso de la imaginación y el pensamiento y para la experiencia humana y la producción de obras y

- eventos religiosos, literarios, musicales entre otros; y poder usar la mente en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión en un amplio sentido y de prácticas religiosas. Disfrutar de experiencias placenteras y evitar los dolores no beneficiosos.
- e. Emociones. Mantener relaciones afectivas respecto de personas y objetos. Poder amar y sufrir por la ausencia de nuestros seres queridos. Poder expresar los sentimientos y que nuestro desarrollo emocional no quede bloqueado por el miedo y la ansiedad.
  - f. Razón práctica. Cada ser humano debe poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente sobre sus planes de vida, lo que implica como condición necesaria la protección de la libertad de conciencia y religiosa.
  - g. Afiliación. Esta supone dos grupos de capacidades. En primer lugar vivir con y para los otros seres humanos, interactuar socialmente y desarrollar empatía. En este nivel se protege a las instituciones que constituyen y promueven estas formas de afiliación, así como la protección de libertad de expresión y de asociación política. El segundo grupo alude al autorrespeto y a ser tratados como seres dignos. Ello implica introducir disposiciones contrarias a la discriminación por razón de raza, sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión y origen natural.
  - h. Otras especies. Poder vivir en armonía con los animales, plantas y el mundo natural.
  - i. Juego. Poder reír, jugar y tener acceso a la recreación.
  - j. Control sobre el propio entorno. Aquí se distinguen dos niveles: Político (participación política, protección de la libertad de expresión y asociación, y material (derecho de propiedad y al trabajo en igualdad con los demás; en el espacio de trabajo poder laborar ejerciendo la razón práctica y entablar relaciones de mutuo reconocimiento con los demás trabajadores.

Ya sea que asumamos la teoría de las necesidades o de las capacidades como límite inferior, tomar en cuenta la orientación sexual como criterio para distribuir derechos sería ponernos por debajo de dicho nivel. En ese escenario, el recorte de autonomía, la negación del reconocimiento y la no adjudicación de derechos significaría, en última instancia, la negación del atributo de humanidad de muchos individuos que ejercen su sexualidad de manera distinta a la hegemónica.

¿Qué consideraciones subyacen a la negación a las personas de orientación homosexual/lésbica de la celebración del matrimonio y el reconocimiento de convivencias por parte de un Estado? El marco conceptual sobre sexo, género y sexualidad desarrollado en el primer capítulo nos permite destacar que una primera consideración es la interpretación de la sexualidad desde una lógica binaria que se funda sobre el par varón/mujer y al que le corresponde una identidad de género masculina/femenina respectivamente. Este binarismo se encuentra interpelado, por ejemplo, por las personas transgénero e intersexuales quienes no encajan en las correspondencias que se hacen de los mencionados pares opuestos, pero también crea un perjuicio contra homosexuales y lesbianas ya que el pensamiento dominante les exige unas identidades de género en las que muchas veces no encajan.

Una segunda consideración tiene que ver con la naturalización del sexo a partir de la cual se construye la identidad de género. Desde luego, la versión biológica del sexo margina a quienes no tienen una orientación heterosexual que sería la conducta sexual “normal”, en tanto que natural, precisamente porque sobre la base de la biología se construye ese “deber ser” para el hombre y la mujer. Butler iluminada por el trabajo de Foucault sostiene al respecto que la idea de que puede haber una “verdad” del sexo, se produce

precisamente a través de las prácticas reguladoras que generan identidades coherentes a través de la matriz de normas coherentes de género.

Como lo señala Argüello, la hegemonía de discursos legítimos encarnados específicamente en el sistema sexo-género, ha representado la exclusión e invisibilización de las personas LGBT, pero sobre todo ha constituido un marco de sentidos social y sexualmente construidos –desde la heterosexualidad-normativa- que los anulan como sujetos. En esta misma línea, coincidimos también con Burt quien señala que cuando estamos frente a cualquier desviación del binarismo, el núcleo del problema es la estigmatización social a la que se enfrentan las personas.

La tercera consideración tiene que ver también con otra “naturalización”, en este caso, de la idea de familia. Esa concepción afirma que la familia es obra de la naturaleza y en ella se satisfacen necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social<sup>55</sup>. Esto se articula muy bien con la finalidad reproductiva y, por lo tanto, con la necesaria heterosexualidad de dicha institución. Lo cierto es que familia y matrimonio son creaciones humanas en las cuales el Derecho ha jugado un papel central. La historia nos ha mostrado cómo la familia ha ido variando de significado y composición; no se trata, por lo tanto, de una entidad dada por la naturaleza, sino que se ha ido moldeando por una serie de factores sociales, económicos, políticos y religiosos.

Los tres argumentos antes expuestos se ubican en una posición de defensa de un orden heterosexual, que es culturalmente construido y que niega la condición de humano y de sujeto moral a quienes no encajan en dicho orden.

---

<sup>55</sup> Cornejo, 1991: pág.11

No existe, por lo tanto, una justificación de la desigualdad *más fuerte* que la justificación *prima facie* de la igualdad.

#### **2.2.4. La relación entre moral y Derecho en la fundamentación de la irrelevancia del criterio de orientación sexual para el igual tratamiento en relación con el matrimonio y las uniones de hecho.**

En la fundamentación planteada en el acápite anterior subyace una particular concepción de la moral en relación con el Derecho, que nos conecta con los llamados principios de moralidad crítica que apuntan a la importancia de una justificación de la imposición de criterios morales, y que se contrapone a la denominada *moral positiva* es decir la moralidad aceptada y compartida por un grupo social dado<sup>56</sup>. Los principios de moralidad positiva entran en consonancia con el punto de vista liberal que sostiene la necesidad de limitar la vinculación entre el Derecho y la moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros<sup>57</sup>. Así pues:

*“Los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que cada individuo profesa, según este punto de vista, no deben ser impuestos por el Estado, sino que deben quedar liberados a la elección personal y en todo caso convertirse en materia de discusión en el contexto social”.*

Fue precisamente en relación con las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo que en la década de los sesenta se dio un intenso debate entre Lord Patrick Devlin, miembro de la Cámara de los Lores en el Reino Unido, y el filósofo de Derecho oxoniense, Herbert Hart. Las posiciones adoptadas por éstos reflejan las diferencias entre esas dos perspectivas morales en relación con el Derecho.

---

<sup>56</sup> Hart: pág. 113

<sup>57</sup> Vázquez: pág. 136

El contexto en el que se dio este debate fue la conveniencia de mantener o no la penalización de las relaciones sexuales privadas entre personas del mismo sexo que existía en el Reino Unido. Dicha norma había sido cuestionada por el Comité Wolfenden, creado para evaluar la pertinencia de esa tipificación penal. Fue en 1957 que dicho Comité concluyó que era necesaria la despenalización de esas conductas dado que no debería ser de incumbencia del Estado lo que los adultos hagan en privado siempre que medie un acto de consentimiento (Malem:85).

Al respecto, afirmó Devlin que: *“La sociedad no se mantiene por lazos físicos, sino por lazos invisibles de pensamiento común. Si esos lazos se relajaran sus miembros quedarían a la deriva<sup>58</sup>”*.

Devlin concibió que la religión y la moral no podían separarse completamente, y que si los patrones morales aceptados en Occidente eran los cristianos, alguien que vive en una sociedad cristiana, pero que no tiene esa religión, si bien no puede ser obligado a convertirse a dicho credo, sí está en el deber de adherirse a la moral cristiana en tanto que es la moral del medio en el que vive.

La concepción sobre la relación entre moral y Derecho planteada por Devlin estuvo basada en la premisa de que una sociedad debe estar cohesionada a partir del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad; es ello lo que los hace integrantes de la comunidad. De esta manera Devlin concibe a la sociedad como una comunidad de ideas no sólo políticas sino de cómo sus miembros deben comportarse y son estas las que constituyen la moral.

---

<sup>58</sup> De Lopez Lima: pág. 69

En relación con el planteamiento anterior, para Devlin la sociedad es una entidad frágil, expuesta a la actuación con autonomía de los individuos que la componen, lo que conllevaba el riesgo de una desintegración social; por ello, su propuesta apuntaba a una moral concebida como tradición y costumbre. Así, para identificar las ideas morales en una comunidad, había que identificar qué tipo de estas ideas tiene el hombre de la calle, pero no como hombre racional sino como hombre de mente recta. Así pues, la inmoralidad en el Derecho debe ser considerada con lo que una persona de mente recta consideraría inmoral.

Como ya se ha mencionado, en el otro lado del debate se encontraba H.L.A. Hart, quien empleó argumentos propios de la moral crítica en relación con el Derecho, es decir, una moral construida no a partir de la práctica sino de una discusión racional de sus fundamentos.

La respuesta de Hart se puede sintetizar en los siguientes argumentos<sup>59</sup>:

1. Devlin confundiría las leyes con medidas paternalistas que se justifican en la necesidad de impedir que, en ciertas circunstancias, las personas se generen un daño;
2. Otra confusión en la que habría incurrido Devlin sería entre la legitimidad de la represión de acciones indecentes con el objeto de evitar el daño a terceros, y la justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado;
3. No hay nada que justifique conducir a una persona por un camino moral a través del miedo a la sanción por parte del Derecho;
4. La corrección de la propuesta de Devlin depende completamente del significado que le da a la sociedad y a la moral. A lo que se añade que

---

<sup>59</sup> Malem: pág. 94-95

no hay prueba alguna de que los cambios de hábitos morales en una comunidad la lleven a la desintegración.

Sin duda la postura de Devlin se mantiene vigente en los argumentos que desde sectores renuentes al cambio social se afirman para negar el matrimonio igualitario. Así, por ejemplo, a propósito del debate producido en Argentina en relación con el matrimonio igualitario, Gargarella identificó dicho argumento, resumiéndolo en la siguiente expresión: *“el matrimonio igualitario va contra las tradiciones locales”*. Refiriéndose a este, expresa lo siguiente:

*“Este es uno de los argumentos más difundidos, pero a la vez más endeble, en contra del matrimonio igualitario. Este argumento toma como punto de partida afirmaciones del tenor de: «los argentinos somos mayoritariamente católicos» o «los argentinos no queremos este tipo de uniones» Ello, para llegar inmediatamente a conclusiones tales como que «con este tipo de iniciativas se dañan valores fundamentales, que son los que nos mantienen unidos y permiten que seamos quienes somos». La disolución de (o el ataque contra) este tipo de valores –se nos sugiere- pondría en cuestión nuestro status como sociedad y amenazaría nuestra cohesión y nuestra identidad<sup>60</sup>”.*

Por su parte fue Dworkin quien, en la línea de la moral crítica y cuestionando el planteamiento de Devlin, presenta cuatro criterios en los que no se puede justificar una razón u opinión moral<sup>61</sup>:

- a) Los prejuicios deben quedar excluidos. Sobre este aspecto precisa:

---

<sup>60</sup> Gargarella, 2010: pág. 133

<sup>61</sup> Dworkin, 1999: pág. 360-363



“Los prejuicios, en general son posturas de juicio que tienen en cuenta consideraciones que nuestras convenciones excluyen. En un contexto estructurado, como un proceso o un concurso, las reglas fundamentales excluyen todas las consideraciones, salvo algunas determinadas, y un prejuicio es una base de juicio que viola estas reglas. Nuestras convenciones estipulan algunas normas básicas del juicio moral que son válidas incluso aparte de tales conceptos especiales, y la más importante de ellas es que no se ha de considerar moralmente inferior a un hombre sobre la base de una característica física, racial o de otro orden que él no pueda dejar de tener”.

- b) La reacción emocional personal (repulsión o fobia) tampoco puede justificar un juicio moral. Dworkin precisa:

“Distinguimos las posiciones morales de las reacciones emocionales, no porque supongamos que las posiciones morales son desapasionadas o no están teñidas de emoción [...], sino porque se supone que la posición moral justifica la reacción emocional, pero no a la inversa”.

- c) La posición moral basada en proposiciones de hecho que son falsas o no plausibles, no puede ser aceptada; y,
- d) Si la posición moral solo se puede defender bajo el argumento de las creencias ajenas, no se encuentra justificada. Dworkin enfatiza:

La cuestión problemática para América Latina se produce precisamente por la gran influencia de la Iglesia católica en las políticas de Estado. La posición institucional de la iglesia ha sido la defensa de la familia como un orden natural y vital para la sociedad, lo que supone una naturalización de la familia afirmada sobre la heterosexualidad. La concepción religiosa del matrimonio ha sido extrapolada al matrimonio civil y es a partir de esa posición que la Iglesia, como actor político, defiende un orden familiar tradicional, basado en las ideas de heterosexualidad y reproducción. En Colombia, por citar un ejemplo reciente, la Conferencia Episcopal de dicho país envió una carta al Congreso en el contexto en el que se discutía la aprobación del matrimonio igualitario. En dicha misiva se afirmaba lo siguiente:

*“El matrimonio, a través de todas las culturas, las épocas y las religiones ha sido una institución formada por la unión estable de seres biológicamente distintos y complementarios (...) No se trata de una unión meramente afectiva, es también una unión natural y jurídica, orientada a la procreación (...) Dado que las uniones de personas del mismo sexo poseen, incluso biológicamente, características que las diferencian netamente de la unión que se establece entre hombre y una mujer sería injusto otorgarles el ‘privilegio’ de un reconocimiento (...) una cosa es regular jurídicamente las uniones entre personas del mismo sexo en el ámbito de los derechos civiles y patrimoniales y otra, muy distinta, es querer brindar a estas uniones un reconocimiento jurídico que, implícitamente, subvierte el orden establecido por la naturaleza humana (...) La familia y el matrimonio no obedecen a una ordenación política, jurídica o cultural meramente coyunturales. En realidad, anteceden a la religión, al Estado y a sus leyes, ‘imponiéndose’ a ellos, tal cual son, en virtud de su intrínseca fuerza y belleza...”*

### **2.2.5. El aporte del argumento de la igualdad en la discusión sobre el matrimonio igualitario.**

En el debate sobre el matrimonio igualitario se han planteado como argumentos los principios de dignidad, autonomía e igualdad. Si bien los tres constituyen razones muy poderosas, coincidimos con quienes han sostenido que el argumento más idóneo para el tipo de problema que está en juego con homosexuales y lesbianas es el de la igualdad. A efectos de fundamentar esta posición consideramos importante desarrollar tres aspectos: a) el significado y las consecuencias de la negativa estatal de reconocer las uniones entre personas del mismo sexo, en otras palabras, lo que está en juego; b) el valor del principio de dignidad humana como cimiento de los demás derechos fundamentales de la persona; y, c) la comparación entre el argumento de la igualdad y la autonomía. A continuación, desarrollaremos cada uno de estos aspectos.

#### **2.2.5.1. El significado y las consecuencias de la negativa estatal de reconocer las uniones entre parejas del mismo sexo.**

La heteronormatividad, tal como ha sido ya explicada en el capítulo 1, se presenta como un problema de estatus de quienes no encajan en la heterosexualidad, la que ha sido asumida culturalmente como la sexualidad paradigmática, en la idea de que se trata de lo normal y natural. La escala de sexualidades presentada por Rubín, muestra de manera clara esta situación. Fraser, por su parte, lo expresa de la siguiente manera:

*“Esos patrones heteronormativos de valor, institucionalizados de forma generalizada, estructuran grandes franjas de interacción social. Expresamente codificados en muchas áreas del derecho (incluyendo el derecho de familia y*

*el derecho penal), informan las interpretaciones jurídicas de la familia, la intimidad, la privacidad y la igualdad. También están muy arraigados en muchas áreas de la política de los gobiernos (incluyendo las políticas de inmigración, naturalización y asilo) y en las prácticas profesionales estándar (incluyendo la medicina y la psicoterapia). Los patrones heteronormativos de valor también invaden la cultura popular y la interacción cotidiana. El efecto es considerar a gays y lesbianas como representantes de una sexualidad despreciable, sometida a formas sexualmente específicas de subordinación de estatus. Esta última supone vergüenza y agresiones, exclusión de los derechos y privilegios del matrimonio y la maternidad o paternidad, limitaciones de los derechos de expresión y asociación, representaciones estereotipadas degradantes de los medios de comunicación, hostilidad y menosprecio en la vida cotidiana y negación de los derechos plenos y protecciones equiparables de los ciudadanos, la institucionalización de normas heterosexistas produce una categoría despreciable<sup>62</sup>.*

Se trata, pues, en el caso de homosexuales y lesbianas, de la atribución social de un estatus inferior al de personas heterosexuales y que se traduce en una negación de la condición de persona como sujetos de derechos. Esta realidad se asemeja a situaciones históricas de negación de la condición de ciudadanas a las mujeres, o la condición en la que vivían las personas de raza negra durante los tiempos de segregación racial, por citar algunos ejemplos. Así pues, homosexuales y lesbianas son medidos por su sexualidad y son considerados seres que padecen de una condición de anormalidad y patología para algunos y de inmoralidad para otros, por lo que son vistos como diferentes y se les atribuye una condición disminuida frente a los demás sujetos plenos de derechos.

---

<sup>62</sup> Frasser, 2008: pág. 91

Diversos estudios ratifican la existencia de una percepción social desfavorable hacia homosexuales y lesbianas. Así, por ejemplo en diciembre del 2009, ante la pregunta: *En la siguiente lista hay varios tipos de gente, ¿podría señalar a quién no le gustaría tener por vecino?*, obtuvo como hallazgo que el 25.6% de los encuestados señalaron que no les gustaría tener por vecinos a homosexuales. En este mismo estudio, ante la pregunta: *Si descubre que su mejor amigo es homosexual o lesbiana, ¿cuál de las siguientes reacciones tendría usted?*, la respuesta que manifiestan un nivel de rechazo hacia esa orientación sexual llegan a superar el 50%, pues el 11% manifestó que rompería la amistad, el 25,6% que trataría que hacerlo reflexionar para que cambie su conducta y el 14,3% que le costaría algo pero seguiría siendo su amigo. Por último *¿diría usted que en la práctica un homosexual o una lesbiana logran hacer valer sus derechos?* El 27,4 % consideró que casi nunca, el 19,9% que nunca y el 29,9% que algunas veces.

En cuanto a la cuestión familiar, específicamente, existe un alto nivel de rechazo a que homosexuales y lesbianas asuman un rol de cuidado. Esta cuestión está muy vinculada a nuestro tema pues en el debate sobre el matrimonio igualitario quienes se oponen a su aprobación argumentan que sería un peligro puesto que estas personas no deberían estar a cargo de la crianza de los hijos. Este rechazo se relaciona también con el manifestado en la estadística anteriormente citada, en el sentido de que no se les debería permitir ejercer la profesión de enseñanza básica. Así pues, en la Encuesta de Opinión sobre Familia y Roles de Género en el año 2012 se preguntó: *“¿Qué tan de acuerdo o desacuerdo está usted con esta frase?: una pareja de lesbianas puede criar a un hijo tan bien como una pareja de hombre y mujer”*, ante lo cual 23,3% dijo estar muy desacuerdo y el 50,9% en desacuerdo. Similar pregunta se formuló para el caso de las parejas de hombres homosexuales, elevándose las cifras a 27,5% y 53%, respectivamente. En esa

misma encuesta la posibilidad de adoptar fue rechazada tanto para parejas de hombres en un 65,1% como de mujeres en un 60,8%. Finalmente, ante la pregunta sobre si se está de acuerdo con el matrimonio entre personas del mismo sexo, se obtuvo como respuesta que el 18,5% está muy en desacuerdo y el 47,4% en desacuerdo.

Esta percepción social sobre homosexuales y lesbianas se articula con las respuestas de quienes desde el Estado están a cargo de formular políticas públicas, así como de formular normas, pero que defienden el orden tradicional y muestran una alta resistencia a los cambios.

Esta realidad nos lleva plantear que la condición homosexual/lésbica es de subordinación. Estamos ante una percepción social sobre estas personas como seres de un estatus inferior y que generan el rechazo de importantes sectores de la población, que se materializa no sólo en segregación y exclusión sino también en actos sumamente violentos contra esta población. La negativa estatal a reconocer estas uniones, ya sea como matrimonio y uniones de hecho, es otra manifestación del mismo problema y dicha omisión tiene el poder simbólico de considerar a la diversidad sexual no simplemente como tal sino como una anomalía e inmoralidad. Por ello coincidimos con Burt cuando sostiene que:

*“La exigencia de reconocimiento a los matrimonios entre parejas del mismo sexo está orientado a fortalecer en lugar de abandonar el tejido social; no a preservar el compromiso con la pareja de uno sino a encontrar el reconocimiento público y la celebración de este compromiso, algo fundamentalmente distinto a definir dicho compromiso como “un asunto privado” carente de significado público (...) Insistir en el reconocimiento público expresa, al menos de manera implícita, la disposición a justificar la decisión de uno frente a los demás: un esfuerzo en obtener respeto moral por la decisión*

*de uno, incluso si los otros emplean un esquema ético distinto en sus propias vidas”.*

Se afirma, a su vez, que el problema de estatus de homosexuales y lesbianas requiere de derechos de reconocimiento, los que tienen los siguientes puntos de partida: a) que existen en la sociedad grupos estigmatizados; b) que los estigmas son productos institucionales e históricos y no cósmicos; c) que los estigmas pueden no tener fundamentos científicos, racionales o funcionales para la sociedad; d) que las personas pertenecientes a grupos estigmatizados sufren la usurpación o la negativa de un bien material pero básico, el respeto y la autoestima; e) que el mantenimiento social de los estigmas es, por lo tanto, una injusticia que provoca un dolor innecesario, sufrimiento, violencia y falta de respeto; f) que los miembros de una sociedad, para continuar perteneciendo a ella, tienen derecho a que les sean retirados los estigmas humillantes<sup>63</sup>.

Así pues, nos vamos acercando al argumento igualitario como el más importante y relevante, y que se condice con el tipo de problema que sufren las personas LGBT que no es otro que el déficit de reconocimiento de derechos lo que implica una negación de su humanidad<sup>64</sup>.

#### **2.2.5.2. El valor del principio de dignidad humana como cimiento de los demás derechos fundamentales de la persona.**

La igualdad cobra indiscutible sentido para el tipo de problema que acabamos de describir, cuando lo entendemos además como una expresión del principio de dignidad humana. Si como hemos argumentado, lo que está en juego en la

---

<sup>63</sup> De Lima:74-75

<sup>64</sup> Bonilla: 191

negativa a reconocer a las uniones del mismo sexo es el estatus de ser humano de quien no tiene una orientación heterosexual, precisamente lo que se requiere es una entidad que destaque que el ser humano es un fin y no un medio.

Sobre el concepto de dignidad Atienza resalta en particular su dimensión normativa, esto es, que la dignidad no solo explica sino que también justifica, cumpliendo esta última función respecto de los derechos humanos<sup>65</sup>. Ahora bien, continua Atienza señalando que desde esa perspectiva puede distinguirse dos dimensiones de la dignidad: a) como fundamento último de los derechos (señala el límite de la moral y ordena no tratarnos a nosotros mismos ni a los demás exclusivamente como medios); y, b) como materializada en derechos fundamentales concretos). Así pues, la igualdad en su sentido más fuerte o profundo, como respuesta al estatus inferior o infrahumano que se les otorga a homosexuales y lesbianas, constituye una expresión de la dimensión normativa de la dignidad.

En este sentido también parece comprenderlo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha expresado que: *“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano, y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad”*.

---

<sup>65</sup> Atienza 2010:196



### **2.2.5.3. La comparación entre el argumento de la igualdad y la autonomía**

Lo que se predica desde la autonomía individual es el derecho de cada individuo a elegir su plan de vida sin más límite que el de no dañar a terceros. De lo que se trata, en ese sentido, es de la construcción de una esfera personal que el Estado no puede penetrar, más bien lo que tiene es un deber de abstención y, en todo caso, de generar las condiciones para el pleno goce de ese derecho. Este mismo argumento, asumido como privacidad, ha sido utilizado en el contexto anglosajón especialmente en relación con los derechos en las esferas de la sexualidad y la reproducción como en el caso *Roe vs. Wade* sobre interrupción voluntaria del embarazo, y *Griswold vs Connecticut* sobre el derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos.

En esta misma línea, el argumento ha sido empleado por la Corte Constitucional de Colombia, en relación con la situación de las parejas del mismo sexo, a propósito de la especificación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Al respecto, señaló la Corte que lo que se consagra con este derecho es:

*“... una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico. Para la Corte este derecho se vulnera cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”.*

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que:

*“[...] las relaciones amorosas y sexuales [...] se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad [...] se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y la realización de la vida privada de una persona [...] propia de su autonomía y dignidad”.*

Como se puede advertir de lo anterior, la autonomía está asentada en la división entre la esfera pública y privada que el liberalismo construye para marcar el límite de la actuación del Estado. Alude al individuo no en interacción con otros sino más bien apunta a dejarlo solo en sus elecciones personales sobre su vida, sin interferir en esas decisiones<sup>66</sup>. He aquí pues la primera debilidad del argumento de la autonomía en relación con el de la igualdad pues ésta por su contenido relacional (“igualdad en relación con”) se refiere más a las relaciones sociales, a la dinámica en sociedad, que es finalmente lo que está en juego en la lucha por el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Es cierto que esta lucha ha tenido metas intermedias que, aproximadamente en la última década, básicamente se han materializado en el reconocimiento de las uniones civiles o en reconocimiento de algunos efectos patrimoniales a las uniones entre personas del mismo sexo, pero este tipo de creaciones jurídicas no tienen la fuerza simbólica que sí tiene el matrimonio igualitario que termina reconfigurando la institución matrimonial sin importar la sexualidad y dota de humanidad a quienes en el imaginario social no la tienen.

El mensaje implícito en esta estrategia intermedia es: *homosexuales y lesbianas reconocemos su existencia, no podemos negar la realidad así que*

---

<sup>66</sup> Burt: pág. 17

*es necesario legislar sobre su particularidad reconociéndoles algunos efectos jurídicos a sus relaciones afectivas. Nótese que es así como normativamente se construye un estatus inferior, degradado; se trata de un estigma que no permite una ciudadanía plena en derechos. La autonomía no llega a atacar este problema porque lo que importa a esta es que el individuo en su esfera privada elija sin interferencias<sup>67</sup>.*

La otra debilidad del argumento de la autonomía está relacionada con lo que el feminismo ha venido denunciando desde hace mucho tiempo como un problema de fondo del liberalismo, que se traduce en la conocida afirmación “lo personal es político”, con la cual se alude a que la familia y las relaciones que se dan en ella constituyen espacios donde se configuran las estructuras de poder patriarcal y por lo tanto tienen una dimensión política enorme. Moller Okin plantea la crítica en los siguientes términos:

*“El liberalismo se ha construido en torno a distinciones entre el ámbito público, que incluye la política, y el privado, el que comprende la vida personal y doméstica. El mundo del trabajo asalariado y el mercado a veces es incluido en la esfera pública (y contrapuesto con el doméstico), pero en otras ocasiones se lo ubica en la privada (y se lo contrapone con la estatal o gubernamental). El propósito principal de estas distinciones, desde sus orígenes en el siglo XVII, ha sido promover la seguridad y la libertad individuales y limitar el brazo de los gobiernos. Sin embargo, como en la actualidad han demostrado ampliamente las investigadoras feministas, en el pensamiento liberal tradicional la distinción entre los ámbitos público y doméstico descansa sobre el supuesto de que los hombres habitan en ambos, moviéndose fácilmente de uno al otro, pero que las mujeres sólo residen en el ámbito de la vida familiar, en el que están convenientemente subordinadas a sus esposos. Así, a las mujeres se les negó durante mucho tiempo la mayor parte de los derechos*

---

<sup>67</sup> Bonilla: pág.194

*políticos y legales cruciales defendidos por los liberales. Los “individuos autónomos” acerca de los cuales escribieron los teóricos liberales antes del siglo XX, con la notable excepción de John Stuart Mill, eran hombres cabezas de familias<sup>68</sup>”.*

Estas críticas son extensibles a la problemática de las personas LGBT, pues si bien para unas metas intermedias en la agenda de reivindicación de sus derechos la autonomía ha sido crucial, tiene su límite como perspectiva individual y de privacidad, ya que la familia tal como se nos ha presentado corresponde a ese reducto personal e íntimo que el Estado no puede penetrar. Sin embargo, es precisamente a partir de problemáticas sociales como la violencia doméstica y el déficit de derechos que padecen las personas LGBT que la familia más bien muestra su rostro de institución política desde la cual se refuerza un orden patriarcal y heteronormativo. Como lo hemos señalado al inicio de este capítulo, lo que ha ocurrido en los países en los que se ha aprobado el matrimonio igualitario, ha sido una demostración de que la familia no pertenece a un orden natural ni divino sino que se trata de una institución que muta y a partir de la cual se puede gestar la ciudadanía de individuos como las personas homosexuales y lesbianas que hasta ese momento no gozaban de importantes derechos. Esto último más bien se corresponde con el argumento igualitario.

La importancia de la igualdad frente a la privacidad para el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido expresada por Burt para el contexto anglosajón de la siguiente manera: “Entender el reclamo por matrimonios del mismo sexo como una aplicación del derecho a la privacidad implica que el Estado no tiene derecho a expresar un juicio moral sobre cualquier elección conyugal, porque la elección en sí misma es objeto de protección. Entender el

---

<sup>68</sup> Moller Okin, 1993: pág. 43

reclamo como una aplicación del principio de igualdad implica que el Estado está autorizado a formular juicios morales acerca de los cónyuges, pero no este juicio moral que menoscaba a las parejas del mismo sexo, en comparación, con, las relaciones heterosexuales. Al centrar la atención en las características especiales de este juicio moral que condena los matrimonios del mismo sexo, la aplicación de la igualdad como estándar normativo establece una revisión mucho más amplia y más rica acerca de la indignidad infligida a personas del mismo sexo que la aplicación de la privacidad, que restringe intencionalmente la atención sobre la elección en cuanto tal, sin tener en cuenta el contenido sustantivo de tal elección. Entender la denegación del matrimonio a parejas del mismo sexo como una violación a la igualdad revela similitudes con la indignidad infligida por la institución de la esclavitud, el ejemplo paradigmático en nuestra cultura de la imposición injusta de desigualdades. Al delinear este paralelo, podemos ver cómo el recurso de la igualdad da lugar a un examen social y psicológico más profundo sobre el impacto de la prohibición de matrimonios entre personas del mismo sexo; y aún más, podemos ver cómo la igualdad se basa en una concepción de la democracia más profunda y normativamente adecuada que la privacidad<sup>69</sup>.

Así pues, consideramos que la igualdad derivada del principio de dignidad humana, constituye un mejor argumento para lograr el reconocimiento de derechos familiares de las personas LGBT porque les reconoce el mismo estatus que un orden heteronormativo les niega.

#### **2.2.6. La igualdad en la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos.**

---

<sup>69</sup> Burt: pág. 10-11

Se ha venido sosteniendo que la igualdad y el mandato de no discriminación son principios de la organización de la vida constitucional de la sociedad y en ese sentido ha perfilado su contenido<sup>70</sup>. Así se ha sostenido que:

*“La noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho. En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona.*

*Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológico, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.*

En ese sentido, la igualdad es un principio – derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. Por consiguiente, presume la afirmación *a priori* y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar”.

---

<sup>70</sup> Rubio, Eguiguren y Bernales: pág. 144

Sobre estos dos planos en el que de acuerdo a la doctrina del Tribunal opera la igualdad – principio rector y derecho fundamental – señalan Rubio y otros que: *“Rompe con la regla de que las personas podían ser consideradas distintas y agrupadas en aristocracia o pueblo, regla que existió a lo largo del Antiguo Régimen, al que la revolución liberal de los siglos XVIII y XIX puso fin en Occidente. Así, la igualdad se convierte en un principio que cualquiera puede exigir en cualquier recodo de la organización Estado, porque cada persona y cada funcionario debe cumplirla no solo en sus quehaceres oficiales, sino en su trato cotidiano con los demás”*.

En tanto derecho subjetivo de la persona, la igualdad le permite reclamar un trato igual al del resto, no discriminatorio y que le otorgue igualdad de posibilidades de realización en las diversas facetas de la vida en sociedad. Respecto a esta última dimensión el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado posteriormente que:

*“De esa forma este Colegiado ha establecido que la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratada del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación”*.

En el ámbito constitucional el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma

debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable<sup>71</sup>.”

Y en lo que atañe a la dimensión de principio rector de todo el ordenamiento, en la misma sentencia que se acaba de citar se precisa lo siguiente: *“7. Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (Álvarez Conde, Enrique. Curso de derecho constitucional. Vol I. Madrid, Tecnos, 4º edición, 2003. pp. 324-325). La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual, por ello no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”*.

Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es

---

<sup>71</sup> Hernández Martínez, María. «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre, 1994. Pág. 700-701



discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

Ahora bien, a efectos de determinar si en el caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo se está frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al *test* de razonabilidad.

- a. De la existencia de un fin constitucional en la diferenciación.
- b. De la adecuación del medio utilizado para alcanzar el fin perseguido.
- c. De la necesidad del medio empleado”

A lo anterior hay que agregar también lo que el mismo Tribunal ha sostenido en una sentencia anterior en el sentido que:

*“...enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad*

*de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”.*

“. Que los derechos humanos pertenecen íntegramente a todas y cada una de las personas por igual [...]

. Que entre estos derechos humanos está la igualdad ante la ley.

. Que cada Estado debe proveer en su sistema jurídico los medios eficaces que permitan a las personas protegerse del agravio a las disposiciones inmediatamente anteriores, que se produzcan en su contra” (Rubio y otros: 144).

Es importante resaltar en este ámbito que la Corte Interamericana ha emitido pronunciamientos en el marco de sus opiniones consultivas 4/84 y 18/3. En la primera de estas la Corte señaló:

“53. El artículo 1.1. de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

En lo que respecta al artículo 24 en la misma Opinión Consultiva se señaló que:

*“54. [...] reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo*

*tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”*

En la Opinión Consultiva 18/3 la Corte especificó que:

“84. [...] El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo admisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.”

En esta misma se define el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación como parte del *jus cogens*, por lo que son inadmisibles tratos discriminatorios por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión pública o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. A su vez, esta perspectiva de la igualdad

y no discriminación impone a los estados el cumplimiento de un conjunto de obligaciones de abstención y de adopción de medidas positivas detalladas en los numerales 103 al 109 de dicha opinión.

Es importante mencionar en específico la sentencia en el caso Karen Atala Riffo c. Chile, por abordar la cuestión de la orientación sexual en relación con la igualdad en la que la Corte continúa en la línea de las opiniones consultivas antes especificadas, sentencia a la que haremos expresa alusión en el siguiente capítulo como apoyo en la argumentación.

Llegado a este punto podemos concluir que, a pesar de que la argumentación a favor del matrimonio igualitario y la legalización de las convivencias entre personas del mismo sexo puede hacerse a partir la invocación a diferentes derechos, el que mejor responde al tipo de problemática que está en juego cuando se está ante un déficit de reconocimiento de derechos por razones de orientación o diversidad sexual, es la igualdad y no discriminación. En relación con esta, la orientación sexual entendida como un factor de sufrimiento humano en sociedades como la nuestra en la que la heterosexualidad constituye el paradigma, debe ser asumida como un criterio irrelevante para diferenciar en la adjudicación de derechos. Diferenciar en este sentido no encuentra justificación moral en un Estado Democrático.

### **2.3. LA COMPATIBILIDAD DEL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA CONVIVENCIA ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CON LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA DE 2009**

En el presente capítulo me propongo demostrar que el matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo son compatibles con la Constitución. Para ello tomaré como punto de partida el modelo de Constitución que distingue al constitucionalismo contemporáneo; para tal

efecto, revisaré el proceso histórico que ha determinado la configuración de ese nuevo constitucionalismo, así como el modo característico de trabajar con el Derecho bajo este renovado paradigma. A partir de tales premisas desarrollaré la argumentación a favor del matrimonio igualitario y del reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo en nuestro ordenamiento constitucional.

### **2.3.1. El constitucionalismo contemporáneo y su constitución**

#### **2.3.1.1. Del Estado liberal de Derecho al Estado constitucional**

El constitucionalismo contemporáneo es el punto de llegada de un proceso que ha implicado importantes transformaciones sociales y políticas que generaron grandes cambios en las concepciones de Estado y de Derecho. En este proceso es de resaltar el siglo XIX como aquél en el que se erigió el modelo de *Estado de Derecho*<sup>72</sup> que se contrapuso al de los regímenes estatales de fuerza característicos del absolutismo. Aun cuando se trató de un concepto muy elástico<sup>73</sup>, toda vez que incluso Estados totalitarios apelaban a éste para definirse, hay notas características y esenciales del Estado de Derecho, bajo la ideología liberal, que se deben explicitar para comprender el tránsito hacia el constitucionalismo de estos días.

---

<sup>72</sup> Señala Zagrebelsky que el 'Estado bajo régimen de derecho' se diferenció del 'Estado absolutista' del siglo XVII y del 'Estado bajo régimen de policía' del siglo XVIII. (Zagrebelsky. 2002: pág. 21).

<sup>73</sup> Sobre esta elasticidad, Zagrebelsky también señala que: "El Estado de Derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que esta fuese"(Ibid:23).

El Estado liberal de Derecho del siglo XIX significó en palabras de Zagrebelsky: el desplazamiento de la autoridad del Estado por el de la ley dictada por un parlamento representativo. Esta ley pasa a ser concebida como un instrumento de garantía de los derechos de los ciudadanos, de tal modo que la administración estatal queda sometida a ella. En esta línea, la administración de justicia se concibe como independiente y destinada estrictamente a la tarea de resolver las disputas aplicando la ley. Este cambio fue una importante transformación en relación con las funciones y finalidades del Estado, dirigidas ahora a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.

Señala Zagrebelsky que el nuevo modelo que inauguró el Estado liberal de Derecho tuvo diversas consecuencias entre las que destacan las siguientes.

- a. Se trató de un Estado legislativo que se afirmó a través del principio de legalidad;
- b. El principio de legalidad significó la reducción del Derecho a la ley y la sumisión a ésta de todas las demás fuentes del Derecho;
- c. El Estado en cuestión se erigió en contra de los excesos en el ejercicio del poder estatal, lo que derivaba en la exigencia de generalidad de la ley, es decir, que ésta sea aplicada de manera igual a todos;
- d. La ley, además, debía ser abstracta, esto es, contener prescripciones que debían regir indefinidamente y con supuestos de hecho abstractos. El propósito de estas exigencias era garantizar la estabilidad del orden jurídico.

Ahora bien, para comprender el tránsito hacia el Estado constitucional también se debe tomar en cuenta el crecimiento que se produjo en la administración estatal, la cual empezó a gestionar de manera directa grandes intereses públicos, para lo que requería de aparatos organizativos que funcionaran con lógicas específicas y propias. Ocurrió así un desplazamiento de la función “garantizadora” del Estado hacia el protagonismo de su capacidad de gestión en relación con los grandes intereses de la población. Este cambio en las funciones del Estado produjo a su vez la necesidad de una autonomía funcional de la administración estatal con lo cual el principio de legalidad entró en crisis. Esta crisis también arrastró a la concepción liberal puesto que, en el Estado liberal de Derecho, la ley estaba orientada a garantizar la autonomía y libertad de los ciudadanos; ahora, más bien, en el nuevo contexto, lo estará hacia fines colectivos.

En este nuevo escenario le corresponderá a la ley identificar a la autoridad estatal, habilitándola para actuar de cara al interés público. Para todo lo demás, la administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental cuyos límites resultarán imprecisos en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros; con ello, la ley pierde las características que detentaba bajo el Estado liberal de Derecho. En efecto, deja de ser general en la medida que una gran cantidad de sectores reclaman un trato ad hoc, y deja también de concebirse como abstracta, puesto que las normas especiales pierden rápidamente sentido frente al surgimiento de nuevas necesidades.

Todo lo anterior, como nos lo explica Zagrebelsky, es revelador de la existencia de un nuevo panorama que ya no se caracteriza por la existencia de una sociedad política enteramente coherente teniendo como expresión la ley, sino más bien por un pluralismo político y social que se reflejan en una diversidad

de ordenamientos menores. Es esta pluralidad la que vuelve necesaria una nueva organización y orden, que está dado por la Constitución. Así pues:

*“El siglo XX ha sido definido como el del “legislador motorizado” en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha mecanizado y tecnificado. Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido”.*

Como la unidad del ordenamiento ya no es un dato que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en un difícil problema, la antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio.

Es importante situarse históricamente en los tiempos de la caída de los regímenes totalitarios y el fin de la Segunda Guerra Mundial para ubicar allí la concepción de Constitución en la que se asienta el constitucionalismo de nuestros días. Es precisamente en este momento que cobra significado la idea de supremacía de la Constitución, ya sea como garantía de los derechos y libertades o también como directiva fundamental a seguir para la realización



de los valores constitucionales<sup>74</sup>. En efecto, como lo señala Fioravanti, en tales circunstancias históricas la Constitución pasa a ser concebida como norma fundamental de garantía y como norma directiva fundamental. Estas dos concepciones provienen de dos distintas tradiciones que finalmente quedaron conjugadas para dotar a las constituciones actuales de ese doble carácter.

Así pues, por un lado, tenemos a la tradición europea continental heredera de la Revolución Francesa y, del otro, a la tradición norteamericana vinculada históricamente con la Revolución Americana. Cada uno de estos movimientos dio origen a un modelo de Constitución con identidad propia pero que posteriormente terminaron vinculados para dar como resultado a un renovado paradigma que, como se verá más adelante, ha generado importantísimas transformaciones en el Derecho. En este sentido: *“De una parte, la constitución como norma directiva fundamental que llama a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de un empresa colectiva, en teoría para la realización de una sociedad más justa; de otra, la constitución como norma fundamental de garantía, que deja a todas las fuerzas en juego y a los individuos el poder de definir sus fines libremente, limitando de manera cierta y segura la capacidad de influencia de los poderes públicos, en la línea del gobierno limitado. Se estará más cerca del primer tipo de constitución cuando se tienda a privilegiar la necesidad de sentirse parte de una comunidad en marcha que actúa para conseguir ciertos fines, que se identifica en el reconocimiento colectivo de ciertos valores generalmente compartidos, del segundo tipo cuando se tiende a privilegiar la necesidad de limitar lo más posible la intervención de los poderes públicos sobre la sociedad”*.

La concepción de la Constitución como norma directiva fundamental se deriva de la tradición francesa. En ella, la Constitución es la encarnación de un proyecto político dirigido a una transformación social y política, y tiene un gran

---

<sup>74</sup> Fioravanti: pág.128

protagonismo condicionando las decisiones colectivas de cara a la realización de tal proyecto. Del otro lado, la tradición norteamericana nos remite a una concepción diferente en tanto que la Constitución fue más bien concebida como regla de juego de la dinámica social y política, como un pacto de mínimos en un marco democrático e igualitario, para que cada individuo realice su plan de vida, y para que cada agente político adopte las decisiones colectivas pertinentes<sup>75</sup>.

A las diferenciaciones antes citadas se suman otras consecuencias que también distinguen a ambas concepciones. Nos referimos a que en la tradición francesa la idea del poder constituyente no se agota en el texto constitucional sino que su ejercicio se perpetúa en el pueblo, concebido éste como su titular pero actuando a través de sus representantes. Como lo señala Prieto, la disolución de la soberanía popular en la soberanía del Estado junto a otros factores, determinaron que en Europa a lo largo del siglo XIX y parte del XX fuera muy difícil que las Constituciones tengan una real fuerza normativa frente a los poderes constituidos, principalmente el parlamento, de tal modo que este constitucionalismo se presentó más bien como un legalismo.

Lo anterior sin duda contrasta con la tradición norteamericana en la cual, más bien, se consolida la idea de supremacía del texto constitucional con su correspondiente garantía jurisdiccional. Esto se deriva del hecho de ser concebida como regla de juego y por tanto superior a todos los que participan de este. Será el órgano jurisdiccional el que garantizará esa supremacía por su carácter neutral y apolítico. Aquí, el poder constituyente del pueblo se traduce en una limitación al poder político que materializa jurídicamente su forma de proceder y en las barreras que en ningún caso puede traspasar. Si el constitucionalismo de origen francés se resuelve en legalismo, este último

---

<sup>75</sup> Prieto: pág. 113

lo hará en judicialismo. En el cuadro que a continuación presentamos quedan resumidas las características que acabamos de desarrollar.

<b>CONSTITUCIÓN COMO NORMA DIRECTIVA FUNDAMENTAL</b>	<b>CONSTITUCIÓN COMO NORMA FUNDAMENTAL DE GARANTÍA</b>
Tradición francesa	Tradición norteamericana
Proyecto político	Pacto de mínimos
Determina el contenido de lo que debe mandarse	Determina quién manda, cómo manda y hasta dónde puede mandar
Fuerte contenido normativo	Supremacía de la Constitución Garantía Jurisdiccional
Relevancia del Órgano Legislativo	Relevancia del Órgano Judicial
Legalismo	Judicialismo

La síntesis o convergencia de estas dos tradiciones que se plasma en la Constitución del constitucionalismo de hoy, es presentada por Prieto de la siguiente manera:

*“... una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”.*

Hay quienes sostienen que el nuevo constitucionalismo, más que una convergencia de las dos tradiciones antes explicadas, es consecuencia de la prevalencia de la tradición americana, más concretamente, del modelo Hamilton que se asentó en la idea de supremacía de la Constitución y que es el signo distintivo del nuevo modelo en el que la Constitución se erige como parámetro de validez de todo el Derecho. Así pues, el neo-constitucionalismo añade a los postulados del Estado liberal democrático de la división de poderes

tres valores fundamentales, a saber: 1) Derechos fundamentales garantizados, 2) Constitución normativa y 3) Jurisdicción Constitucional<sup>76</sup>.

Para concluir este desarrollo, debemos de determinar a qué aludimos cuando hablamos del Estado constitucional, que es además el punto de llegada del proceso que hasta aquí he intentado describir. El Estado constitucional es I:

- a. *Cuentan con una Constitución rígida o formal*, lo que implica que las disposiciones constitucionales tienen un régimen distinto y superior a las del resto del ordenamiento y, por tanto, estas constituciones tienen una diferencia de grado respecto de las otras fuentes del Derecho.
- b. *Estas constituciones formales están orientadas a la limitación del poder político y a la garantía de los derechos*. Se alinean así con las estrategias del constitucionalismo político, es decir, la de instaurar diseños institucionales de cara a garantizar sus valores y fines, los cuales además tienen un carácter regulativo. Estamos pues ante constituciones constitutivas y regulativas. Constitutivas en la medida que determinan las formas básicas de la acción jurídica y política idóneas para asegurar los valores y fines reconocidos, y regulativas porque han incorporado a la Constitución valores y fines en la forma de principios reguladores de la acción política.
- c. *La Constitución tiene que ser practicada*, esto es, aceptada y usada como un catálogo completo de normas fundamentales del sistema jurídico y político. Esto supone que todo el accionar jurídico y político de la comunidad se alinea a la Constitución.

---

<sup>76</sup> Grandez: pág.36-37

### **2.3.1.2. La Constitución del constitucionalismo contemporáneo.**

Dicho todo lo anterior, toca dejar establecido la concepción de Constitución que asumimos para llegar a la conclusión que el matrimonio igualitario y las uniones entre personas del mismo sexo son compatibles con la constitución de 2009.

Asumimos una concepción normativa de la Constitución, lo que significa, además de que ésta regula la organización del poder y las fuentes del Derecho, que genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles tanto al Estado como a los particulares, es decir, la Constitución tiene una eficacia directa e inmediata, no dependiendo de una intervención del legislador<sup>77</sup>. A esta dimensión normativa también se refiere Aguiló bajo la noción de “guía de conducta” en la que es clave la claridad de los mandatos, así como el establecimiento de controles a organización política que reúne las siguientes características explicadas por Aguiló Josep.

A lo anterior se suma la concepción sustantiva de la Constitución, que se refiere a que ésta establece los principios que informan a todo el ordenamiento jurídico, que ordenan la realidad y que deben de guiar la solución de los conflictos jurídicos por parte de los jueces. Así pues, la vocación de tales principios ya no es desplegar su eficacia a través de la ley respetuosa con los mismos, sino más bien de aplicarse de manera directa e independiente de la regulación legal. Sin duda la ley sigue vinculando al juez pero solo a través de una interpretación constitucional que este debe efectuar para cada caso.

Por último, esta concepción de Constitución que asumimos constituye fuente del Derecho. Con ello se quiere señalar lo expresado por Aguiló en el sentido de que la Constitución contiene un conjunto de normas que permiten evaluar

---

<sup>77</sup> Prieto: pág. 116

la corrección de la actuación producida por los diferentes titulares de los poderes normativos.

Así entendida la Constitución, corresponde determinar si Bolivia es un Estado Constitucional y si somos parte del nuevo constitucionalismo. Para ello es iluminador tomar en cuenta la diferencia entre “tener una Constitución” de “vivir en Constitución”: *“Un sistema jurídico-político «tiene una Constitución» cuando cuenta con la forma constitucional como garantía de dichos ideales; y vive en Constitución» cuando esos ideales son practicados”*<sup>78</sup>.

A ello hay que agregar la existencia de un conjunto de factores que combinados entre sí dan lugar a la constitucionalización del orden jurídico y que según Guastini son los siguientes.

- a. Contar con una Constitución rígida (difícil de modificar) que incorpora un catálogo de derechos fundamentales
- b. Prever la garantía jurisdiccional de la Constitución. La Constitución somete a la ley
- c. Se reconoce que la Constitución tiene fuerza normativa vinculante. Así, todos los enunciados de la Constitución se interpretan como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios;
- d. Se produce una sobreinterpretación del texto constitucional. Este ya no es comprendido en su literalidad sino a través de una interpretación extensiva deduciéndose normas y principios implícitos;
- e. Se considera que las normas constitucionales son aplicables de manera directa por todos (Estado y relaciones privadas);

---

<sup>78</sup> Aguiló, 2004: pág. 42

- f. Los jueces deben interpretar las leyes conforme a la Constitución. Entre las distintas posibilidades de interpretación, debe preferirse la más compatible con la Constitución; y,
- g. Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y proceso político.

A partir de estos lineamientos, en el siguiente acápite evaluaremos el encuadre de la constitución de 2009 y el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico boliviano.

### **2.3.1.3. ¿Es el Estado Boliviano un Estado Constitucional?**

Sin duda el Estado Boliviano cuenta con una Constitución rígida dado que su contenido no puede ser modificado o derogado sino a través de procedimientos mucho más complejos y con mayores exigencias que los existentes para la modificación o derogación de las normas legales. Así pues, de acuerdo con el artículo 411 toda reforma constitucional debe ser regida por las reglas normativas de la propia constitución. La regla teórica es la siguiente *“que ningún poder constituido, con excepción de la reforma constitucional, tiene competencia para alterar en absoluto la Constitución. Cualquier capacidad para modificar, suprimir una o varias disposiciones constitucionales pasa porque estos mecanismos se aprueben según el procedimiento establecido en el artículo en la propia Constitución. Y es que es indudable que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución”*.

Este orden normativo jerarquizado emana de ciertos principios desarrollados por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

*“Esta disposición estratificada es producto del uso de una pluralidad de principios que, en algunos casos, pueden determinar la ubicación de una norma dentro de una categoría normativa, o su prelación al interior de la misma”.*

a) Principio de constitucionalidad

Las normas constitucionales poseen supremacía sobre cualesquiera otras del sistema, por cuanto cuando estas se les oponen formal o materialmente, deberá promoverse el control de constitucionalidad 202 constitucional.

b) Principio de legalidad

Es una regla que exige sujeción a la ley y a aquellas normas de similar jerarquía. En tal virtud, condiciona la validez de las normas de inferior rango.

Tal supremacía está prevista en el artículo 410.II de la Constitución, que dispone que después del texto fundamental, la ley prevalece sobre toda otra norma de inferior jerarquía.

c) Principio de subordinación subsidiaria

Establece la prelación normativa descendiente después de la ley y contiene a los decretos, las resoluciones y las normas de interés de parte; esta disposición normativa se encuentra contemplada en el ya citado artículo 410.II de la Constitución.



De otro lado, es preciso señalar también respecto de la norma 2009 que estamos ante una Constitución constitutiva y regulativa, características de las constituciones de los Estados constitucionales, que establece un diseño institucional direccionado a garantizar los valores y fines que la Constitución reconoce, estos últimos plasmados como principios reguladores del Estado, la Constitución posee también un importante contenido político, dado que incorpora no sólo reglas imperativas de exigencia o eficacia inmediata o autoaplicativa, sino también un cúmulo de disposiciones que propugnan el programa social del Estado, en una de cuyas vertientes principales se sitúa el régimen económico constitucional.

Se trata pues, en buena cuenta, de la distinción a la que alude Robert Alexy, cuando subraya la existencia de normas constitucionales regla y normas constitucionales principio<sup>79</sup>.

Como lo señala Rubio, los principios constitucionales son la guía de actuación del Estado para que esta se produzca de acuerdo a Derecho. Rubio señala también que los principios generales que el Tribunal ha utilizado en la jurisprudencia para el Estado peruano son el de bien común, el de Estado Democrático, el de Estado Descentralizado, el de Estado Representativo, el de Estado Social, el de Estado Unitario, el de Orden Público, el de Separación de Poderes, el de Solidaridad, y el de Seguridad Jurídica.

### **2.3.2. ¿Cómo se trabaja con el Derecho en el Estado Constitucional?**

---

<sup>79</sup> Alexy Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda reimpresión, 2001

El tránsito del imperio de la ley al de la Constitución constituye un cambio cualitativo en relación con la manera como se trabaja con el Derecho. Una de las consecuencias más importantes de este proceso es la crisis del positivismo jurídico o la crisis de la ley frente a la omnipresencia de la Constitución, lo que se traduce en una concepción teórica distinta que Prieto la sintetiza bajo los siguientes rasgos: El protagonismo de los principios es sin duda una de las características del nuevo constitucionalismo y, a su vez, una de las manifestaciones de la crisis del positivismo jurídico que lo acompaña.

Es importante tener presente la diferencia entre principios y reglas para poder entender las razones de la relevancia de los primeros para la resolución de casos. Una primera distinción sería la de considerar que solo los principios son constitutivos de un orden jurídico en contraste con las reglas que no tienen otra razón de ser que la de establecer una consecuencia frente a un determinado supuesto de hecho, por tanto estas se agotan en su propio significado<sup>80</sup>.

A ello hay que agregar que la manera de trabajar con principios es distinta que con las reglas; mientras a estas se aplican los métodos de interpretación para descubrir el mandato que contienen, los principios contienen formulaciones valorativas evidentes que no esconden nada que tenga que ser sacado a la luz a través de los métodos mencionados.

Los principios establecen soluciones normativas, pero sin definir el caso, es decir, no dicen cuándo son aplicables tales soluciones. Le dan sentido a las reglas, las justifican en relación a ciertos valores jurídicos, precisamente por ello su significado operativo y alcance debe ser leído no en abstracto sino a

---

<sup>80</sup> Zagrebelsky: pág. 110

partir de cada caso<sup>81</sup>. Así pues, “... son las reglas y solo las reglas las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho solo estuviere compuesto de reglas no sería insensato pensar en la «maquinización» de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se le proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La «aplicación» de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una «reacción», se «tome posición» antes ésta de conformidad con ellos”<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Aguiló, 2008: pág. 16-17

<sup>82</sup> Zagrebelsky: pág. 111

**CAPÍTULO III**  
**DISEÑO METODOLÓGICO Y MARCO**  
**PRÁCTICO**

### **3.1. HIPÓTESIS**

LA DETERMINACIÓN DE FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y SOCIALES DEL DERECHO A CONSTITUIR FAMILIA SIN DISCRIMINACIÓN, PERMITIRÁ PROPONER UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN BOLIVIA.

#### **3.1.1. Identificación y análisis de variables**

##### **3.1.1.1. Variable Independiente**

Fundamentos jurídicos y sociales.

##### **3.1.1.2. Variable Dependiente**

Instituir un régimen jurídico específico sobre el matrimonio igualitario en Bolivia.

#### **3.1.2. Conceptualización de las variables**

##### Variable “Fundamentos jurídicos y sociales

Los fundamentos jurídicos, básicamente se constituyen en la motivación fundamental para la producción de normas jurídicas en el procedimiento legislativo, tiene por objeto permitir al legislador conocer las razones por las cuales se debe legislar determinada materia, en el estudio se visibiliza la realidad de las parejas homosexuales, lesbianas y demás, que tienen por finalidad el realizarse mediante el matrimonio civil en Bolivia.

### Variable “Instituir un régimen jurídico específico sobre el matrimonio igualitario en Bolivia”

Es una iniciativa para justificar plenamente de que negarse el acceso al matrimonio a parejas homosexuales, es un acto discriminatorio, que va en contra de lo dispuesto por el artículo 14 párrafo II de la norma constitucional; lo que conlleva a la necesidad de una reforma a la definición limitada en el artículo 63 párrafo I de la CPE, y establecer al matrimonio como la unión voluntaria de dos personas con igualdad de derechos y obligaciones para desarrollar una comunidad de vida y ayudarse mutuamente respetando sus derechos sin discriminar las preferencias sexuales distintas.

#### **3.1.3. Diseño y tipo de investigación**

El diseño de investigación en el presente trabajo es de tipo no experimental, debido a que se realiza la observación sobre el objeto de estudio, y la recolección de datos se la realiza en un momento único en el tiempo, para describir las variables de estudio y analizar su incidencia e interrelación; mediante un análisis de los hechos sociales que permitieron la recolección de datos para identificar la problemática que muestra la discriminación evidente a los homosexuales, todo ello para cimentar las bases de la propuesta del matrimonio igualitario.

### 3.1.3.1. Métodos aplicados en la investigación

#### Método deductivo

La palabra deductivo, “proviene del latín deductivo, sacar o separar consecuencias de algo”<sup>83</sup>, por tanto “el método inductivo es una aproximación a la realidad en la cual el investigador establece una serie de argumentos que van de aspectos particulares a las generalizaciones, se sustenta en la compilación de evidencia empírica”<sup>84</sup>; este método permitió identificar los fundamentos empíricos y fácticos que sustentan la implementación del matrimonio igualitario sin discriminación en la norma constitucional.

#### Método gramatical

Este método considera las palabras y las frases de las normas, aisladamente, “es decir, en tanto que simples palabras o frases desconectadas del resto del ordenamiento, para establecer cuál es su significado si son palabras, o la redacción o puntuación si son frases”<sup>85</sup>, constituye un “recurso gramatical para aclarar el sentido oscuro o confuso de la norma escrita”<sup>86</sup>; fue utilizado en la tesis a objeto de interpretar la norma fundamental respecto al objeto de estudio.

Método de la interpretación histórica, “los textos deben ser investigados como expresión y manifestación histórica de las necesidades sociales que han motivado su creación, el investigador debe acudir a elementos externos del

---

<sup>83</sup> ZORRILLA, Santiago, TORREZ. Guía para elaborar la Tesis. pág. 33

<sup>84</sup> ÁVILA BARAY, Héctor Luis, INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN, México, Editorial Eumed.net, 2006, pág. 5.

<sup>85</sup> CEPIIB, La Enciclopedia Jurídica Virtual. Ob. Cit.

<sup>86</sup> TORRICO TEJADA, Luis Fernando, Filosofía del Derecho, Bolivia, Edit. Gráfica JiVas, 2006, pág. 51.

derecho mismo, como las costumbres y la vida económico social<sup>87</sup>, su aplicación permitió identificar los momentos históricos relevantes que sustentan la propuesta de la investigación.

### **3.1.3.2. Técnicas aplicadas en la investigación**

A objeto de alcanzar los objetivos determinados para el presente estudio, y construir la propuesta de solución al problema, y evidenciar además la necesidad de permitir el matrimonio igualitario en Bolivia mediante iniciativa legislativa ciudadana como participación democrática, se definieron determinadas técnicas de recolección de información empírica como son: la encuesta y la observación: cuya forma de aplicación se detalla a continuación:

- La observación, Se aplicó esta técnica por que ofrece la ventaja de que el observador obtiene directamente datos de la realidad empírica, a efectos de evidenciar el comportamiento del objeto de estudio.

Esta observación fue de carácter documental participante, en la revisión de fuentes de información directa, a partir del análisis de estadísticas, informes, proyectos de ley, y resultados de investigaciones anteriores

- Encuesta, Esta técnica fue aplicada directamente a la muestra seleccionada estadísticamente, a objeto de verificar la hipótesis planteada.

---

<sup>87</sup> MOSTAJO MACHICADO, Max, Seminario Taller de Grado y Asignatura CJR-000 Técnicas de Estudio, Bolivia, UMSA-FDCP, 2005, pág. 84.



### 3.1.4. Determinación del universo y muestra

El termino muestra para el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua “es la porción que sirve para conocer la calidad del género, es la parte extraída de un conjunto por métodos que permiten considerarla como representativa de él”<sup>88</sup>; por tanto “cuando decimos que una muestra es representativa indicamos que reúne aproximadamente las características de la población que son importantes para la investigación”<sup>89</sup>; en ese entender es que la muestra del estudio se ha seleccionado con carácter probabilística y cualitativa a partir de un Universo Poblacional compuesto por el total de 764.617 habitantes de la ciudad de La Paz que fue registrado según el Censo Nacional de Población y Vivienda del año 2012<sup>90</sup>.

#### Procedimiento del muestreo<sup>91</sup>:

Se tomó como base las fórmulas de muestreo recomendadas por Roberto Laura, en vías de un muestreo probabilístico que alcance el 95% de nivel de confianza respecto a la representatividad de la muestra en relación al universo.

La simbología aplicable fue la siguiente en:

---

<sup>88</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. España. 22ª edición. 2001. (editado electrónicamente por Microsoft Corporation)

<sup>89</sup> VILLEGAS QUIROGA, Roger. Guía de Estudio. Bolivia. Primera edición – Bolivia 1999.

<sup>90</sup> Censo Nacional de Población y vivienda 2012

<sup>91</sup> LAURA BARRÓN, Roberto. Métodos y Técnicas de Investigación Social. Bolivia. UMSA. 2005. pág. 134.

n= Tamaño de la muestra  
Z<sup>2</sup>= Nivel de confianza  
N= Universo  
p= Probabilidad a favor  
q= Probabilidad en contra  
e<sup>2</sup>= Error de estimación

Los valores preestablecidos para alcanzar el 95% de nivel de confianza son:

$$\begin{aligned}Z^2 &= 3.84 \\e^2 &= 0.0025 \\p &= 0.05 \\q &= 0.05\end{aligned}$$

El proceso de la selección de la muestra, se realizó reemplazando los valores en la ecuación, tal como se señala en la siguiente operación:

$$\begin{aligned}n &= \frac{Z^2 * Npq}{e^2 (N-1) + Z^2 pq} \\n &= \frac{384.00 * 764617 * 0.05 * 0.05}{0.0025(764617-1) + 384.00 * 0.05 * 0.05} \\n &= \frac{734032.32}{1912.5} \\n &= 383.80 \\n &= \mathbf{384}\end{aligned}$$

Aplicando las reglas del método común de redondeo, se tiene una muestra representativa y probabilística de 384 personas, y es a tal muestra seleccionada que se ha dirigido la aplicación del instrumento de recolección de datos de la realidad empírica como es la encuesta.

### 3.1.5. Aspectos generales de la muestra

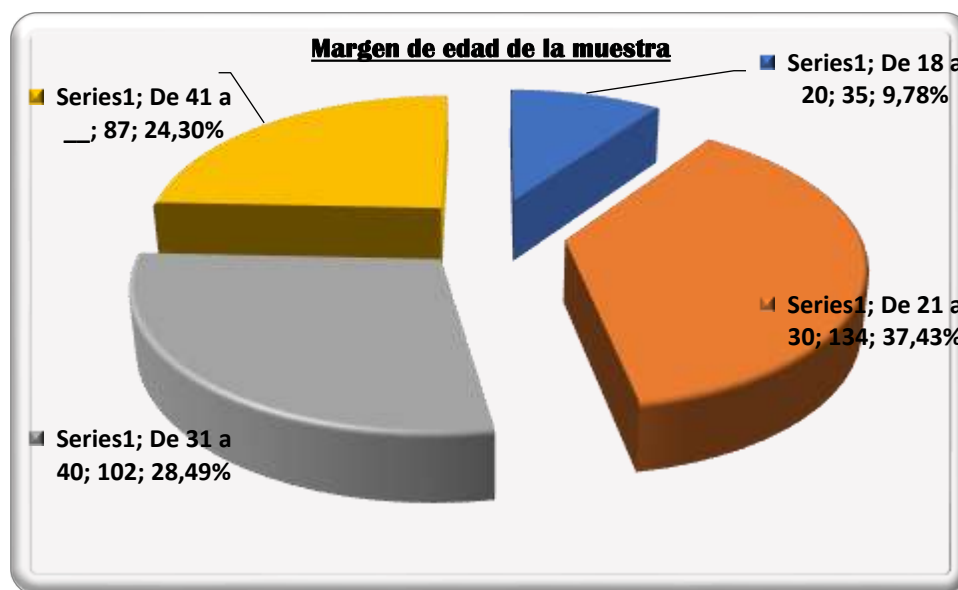
Inicialmente se analizan las características generales de los sujetos encuestados (como ser edad, sexo, y ocupación u oficio) de la siguiente manera:

**Cuadro N° 4**

Parámetros por grupo etáreo	N° de Personas	Porcentaje
Edad		
De 18 a 20	35	9,78%
De 21 a 30	134	37,43%
De 31 a 40	102	28,49%
De 41 a __	87	24,30%

Fuente:  
Elaboración propia.

**Gráfico N° 1**



Fuente: Elaboración propia.

En el afán de realizar una interpretación cierta de los resultados alcanzados por la realización del trabajo de campo, se ha ordenado a

la población encuestada por conjuntos de edad, mediante grupos etáreos de la siguiente manera:

El grupo predominante, son las personas que están comprendidas entre los 21 y 30 años de edad, en segundo lugar están personas cuyas edades están comprendas entre 31 y 40 años de edad, un tercer grupo identificado son las personas cuyas edades oscilan entre los 41 años de edad en adelante, compuesto personas ya con familias constituidas, y se tiene un último grupo a las personas comprendidas en los 18 y 20 años de edad.

Este dato es importante, por cuanto permite identificar una participación ciudadana importante, de diferentes grupos etareos.

**Cuadro N° 5**

<b>Diferencia de genero</b>	<b>N° de Personas</b>	<b>Porcentaje</b>
Masculino	203	47%
Femenino	181	53%

Fuente: Elaboración propia.

**Gráfico N° 2**



Fuente: Elaboración propia.

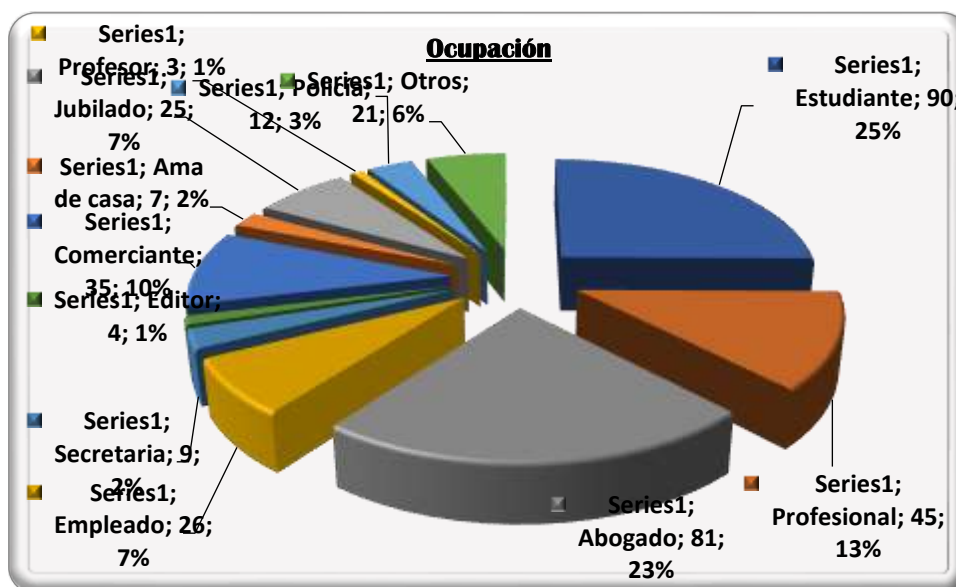
La composición por género de la muestra a la que se pudo acceder como resultado del trabajo de campo, demuestra que es mayormente masculino; tal indicador da a entender que las personas de sexo masculino son quienes demostraron intereses con la temática del matrimonio igualitario.

Cuadro N° 6

Profesión u oficio en la muestra	Nº de Personas	Porcentaje
Estudiante	90	25,14%
Profesional	45	12,57%
Abogado	81	22,63%
Empleado	26	7,26%
Secretaria	9	2,51%
Editor	4	1,12%
Comerciante	35	9,78%
Ama de casa	7	1,96%
Jubilado	25	6,98%
Profesor	3	0,84%
Policía	12	3,35%
Otros	21	5,87%

Fuente: Elaboración propia.

Gráfico N° 3



Fuente: Elaboración propia.

La muestra presenta variedad en cuanto al tipo de ocupación de los encuestados, en la distribución de los formularios de encuesta no se discrimino optando por quien pudiera tener mejor criterio; en ese sentido se ha encontrado que la mayoría tiene como ocupación la condición de

estudiante, profesional, empleados públicos, comerciante y amas de casa.

### 3.1.6. Interpretación de las encuestas

#### Pregunta N° 1

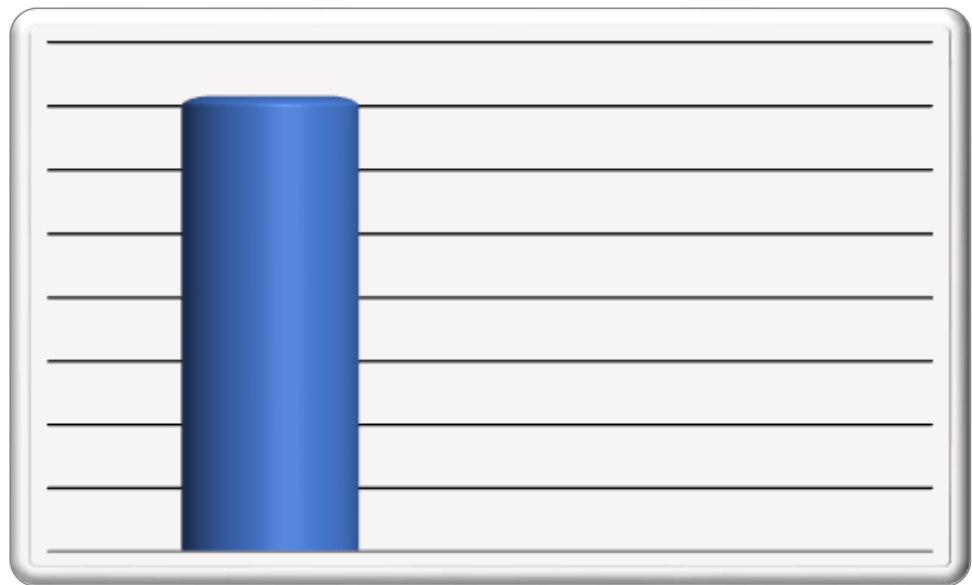
¿Sabía Ud. que nuestra Constitución Política del Estado, limita a que el vínculo matrimonial pueda ser contraído únicamente entre un hombre y una mujer?

**Cuadro N° 7**

<b>Preg. N° 1. Respuesta obtenida</b>	<b>N° de Personas</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	384	100,00%
No	0	0,00%

Fuente: Elaboración propia.

**Gráfico N° 4**



Fuente: Elaboración propia.

En razón a la determinación de la muestra, se pudo colectar como resultado, que el total de las personas encuestadas en el 100%, señalan

conocer el límite constitucional que dispone que únicamente se pueda celebrar la unión matrimonial entre un hombre y una mujer, es decir parejas heterosexuales, con la consecuente exclusión a las parejas del mismo sexo, este dato es importante por cuanto en el marco de la progresividad de los Derechos Humanos se constituye en una medida discriminatoria y que vulnera el principio de igualdad que propugna el propio artículo 63 parágrafo de la Constitución Política del Estado.

Pregunta N° 2

¿En su opinión cuales serían los efectos negativos a razón de la limitación constitucional?

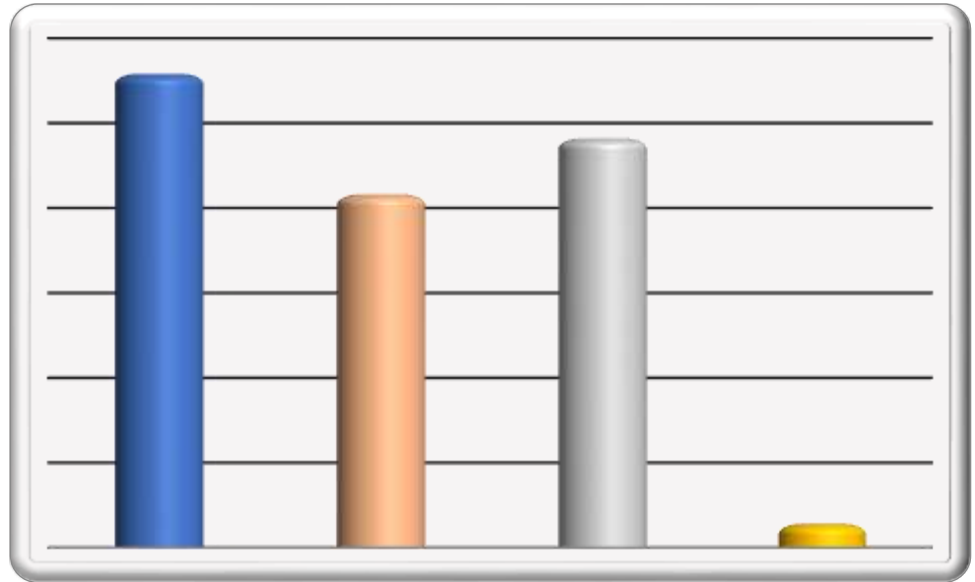
**Cuadro N° 8**

<b>Preg. N° 2. Respuesta obtenida</b>	<b>N° de Personas</b>	<b>Porcentaje</b>
a) El acceso al seguro social	78	18%
b) La comunidad de bienes gananciales	67	15%
c) Régimen de asistencia familiar	102	23%
d) Otros.....	23	5%

Fuente: Elaboración propia.



**Gráfico N° 5**



Fuente: Elaboración propia.

Los datos obtenidos por la aplicación de la encuesta son relevantes, tal es así que la sociedad identifica como principal efecto negativo a la limitación en el acceso al derecho al seguro social, nótese que colateralmente se estaría afectando al derecho a la salud, y por supuesto con ello al derecho, dejando un precedente de la conculcación de derechos humanos y constitucionales.

En segundo lugar, se tiene como factor negativo a la comunidad de gananciales, por cuanto en la unión conyugal de hecho se constituye un patrimonio conformado por bienes, acciones, derechos y otros, empero en la eventualidad de la separación o la ruptura del proyecto de vida, este patrimonio debería ser dividido en partes iguales, sin embargo, por razón del mandato constitucional el mismo encuentra una limitación. Otro aspecto limitativo es el correspondiente a la posibilidad de la

asignación de la asistencia familiar, para cualesquiera de los conyugues en una eventual separación.

Pregunta N° 3

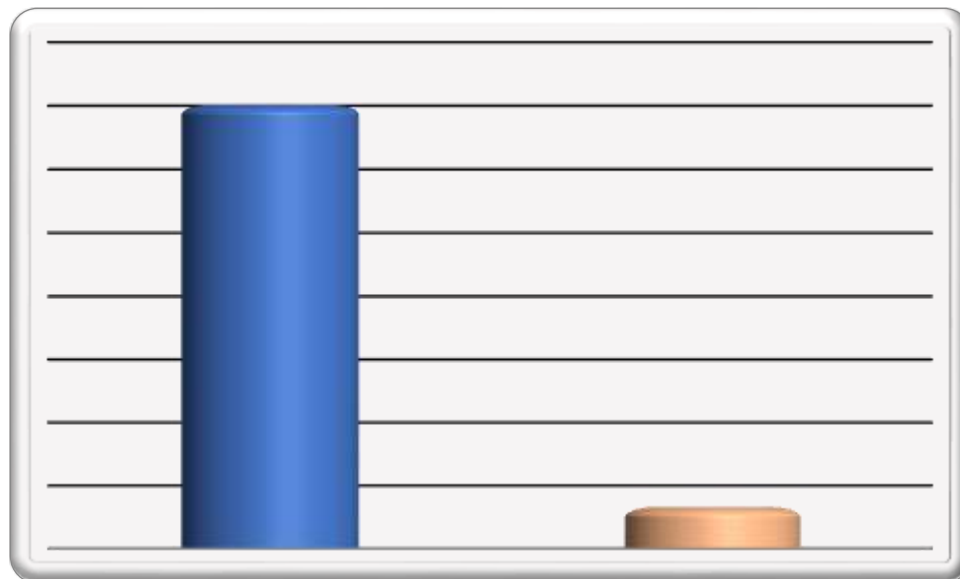
¿Estaría de acuerdo con la propuesta de modificar el límite constitucional señalado, a efectos de permitir la celebración del matrimonio igualitario entre parejas del mismo sexo?

**Cuadro N° 9**

Preg. N° 3. Respuesta obtenida	N° de Personas	Porcentaje
Si	351	97%
No	33	3%

Fuente: Elaboración propia.

**Gráfico N° 5**



Fuente: Elaboración propia.

En razón de la gráfica precedente, se evidencia que el 97% de la población encuestada demuestra estar de acuerdo en que pueda modificarse el límite constitucional, y aperturar el instituto jurídico del matrimonio a parejas del mismo sexo, que viene a ser la modalidad del

matrimonio igualitario; el porcentaje es significativo asimismo en términos de legitimidad, a efectos de promover la iniciativa popular como mecanismo de participación democrática del Estado Constitucional de Derecho, en el desarrollo de la construcción normativa.

#### Pregunta N° 4

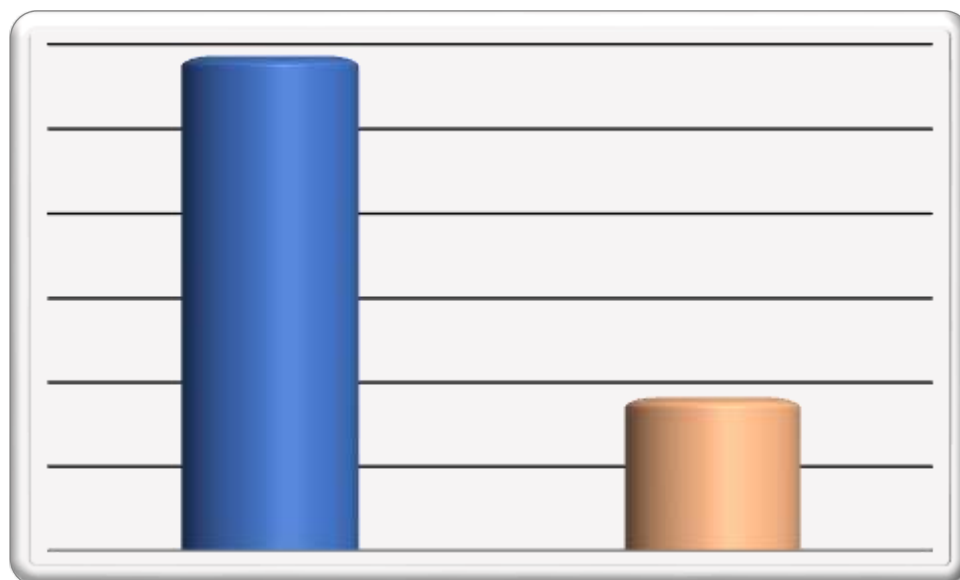
¿La celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, debería tener una regulación especial en lo concerniente a la guarda, tutela y/o adopción de hijos?

**Cuadro N° 10**

<b>Preg. N° 4. Respuesta obtenida</b>	<b>N° de Personas</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	293	76%
No	91	24%

Fuente: Elaboración propia.

**Gráfico N° 6**



Fuente: Elaboración propia.

Por los resultados obtenidos, se evidencia que el 76% de la población encuestada manifiesta una posición de apoyo a que en lo concerniente a la guarda, tutela y/o adopción de hijos, deba existir una normativa especial, en efecto esta disposición tendría que ser emitida en aplicación de la doctrina de la protección integral que propugna el interés superior que es una de las bases de la legislación del menor en el Estado Boliviano.

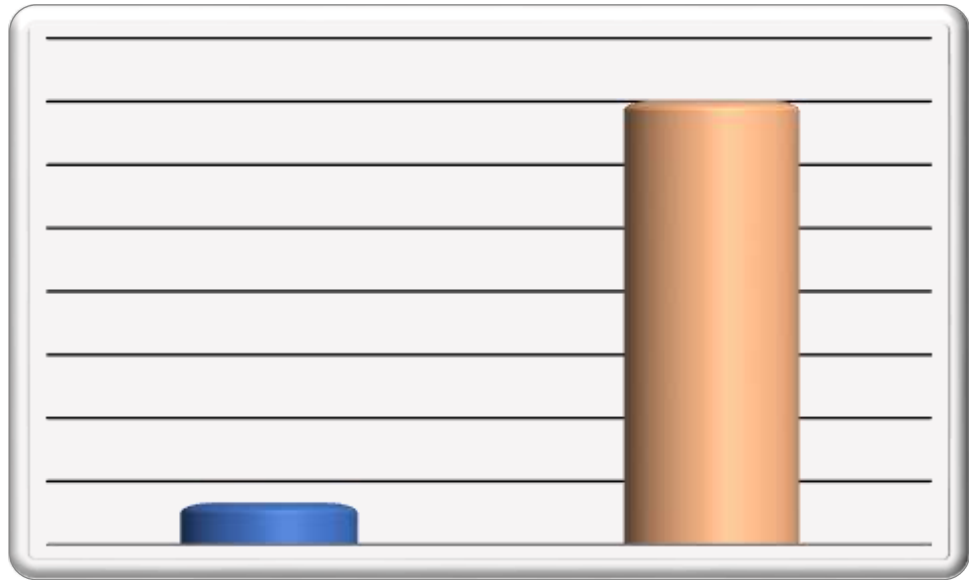
#### Pregunta N° 5

¿Debería operar la dispensa matrimonial a efectos de viabilizar el matrimonio igualitario en meros de edad?

**Cuadro N° 11**

<b>Preg. N° 5. Respuesta obtenida</b>	<b>N° de Personas</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	33	9%
No	351	91%

**Gráfico N° 7**



Fuente: Elaboración propia.

El 91% de los encuestados dieron respuesta en el sentido de que debería limitarse la posibilidad de otorgar la dispensa matrimonial en la habilitación del matrimonio igualitario en Bolivia, más aun si se tiene presente la vigencia del principio del interés superior del menor que propugna la doctrina de la protección integral, que básicamente emplaza la necesidad tomar decisiones por los menores en valor de los mismos.

Por tanto, padres, tutores y demás personas que pudieran tener la guarda de un menor de edad, no podrían otorgar la dispensa matrimonial para fines de matrimonio igualitario.

El argumento principal de los encuestados, fue que las personas deben tener plena consciencia de la decisión que adoptan, lo que implica una decisión por demás madura, en ejercicio pleno de la capacidad de obrar.



## **CAPÍTULO IV**

# **ANTEPROYECTO O APORTE DE LA INVESTIGACIÓN**

Nombre de la norma jurídica: **“ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO”**

#### **4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El Estado Boliviano a partir de 7 de febrero de 2009, ha cambiado del modelo de Estado realzando la importancia de construir la sociedad plural justa y armoniosa para alcanzar el vivir bien.

La norma constitucional en su artículo 411 parágrafo II, dispone que la reforma parcial de la Constitución Política del Estado puede realizarse por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional, así como la necesidad de un referendo constitucional aprobatorio para su legitimidad.

El artículo 63 de la constitución, establece que el matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, disposición que trasciende en la institución del matrimonio civil y los alcances del Código de las Familias y del Proceso Familiar.

El artículo 256 de la Constitución Política del Estado, dispone que *“I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”*. Misma que se permite



la aplicación al interior del ordenamiento jurídico de diversos instrumentos internacionales que sin discriminación por razón de género desarrollan la amplitud del derecho al matrimonio, siendo tales instrumentos:

*El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Matrimonio y familia, establece que toda persona adulta tiene el derecho de casarse y formar una familia si así lo quiere. Hombres y mujeres tienen los mismos derechos, tanto cuando están casados, como cuando se separan.*

*Por su parte el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

*Asimismo el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, dispone que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.*

*La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17, señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y Estado.*

El Código de las Familias y del Proceso Familiar establece el régimen jurídico para la celebración del matrimonio civil, mismo que tiene su naturaleza en los mandatos constitucionales ya establecidos como es la obligatoriedad de la diferencia de género de los conyuges.

En contraposición se tiene, además, que uno de los fines y funciones esenciales del Estado, es el de construir una sociedad justa y armoniosa sin discriminación, con la prohibición de toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, orientación sexual e identidad de género, que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

La Asamblea Legislativa Plurinacional, Decreta:

#### **4.2. TEXTO DEL CONTENIDO DE LA NORMA**

##### **“ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA PARCIAL A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO”**

Artículo 1º (Objeto).- La presente norma tiene por objeto, el disponer la reforma parcial de la Constitución Política del Estado en su artículo 63, párrafo I, debiendo quedar el mismo con el siguiente texto:

*I. El matrimonio entre una mujer y un hombre, o entre dos personas del mismo sexo, se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.*

Artículo 2º (Referendo constitucional aprobatorio).- De conformidad con el artículo 411 párrafo II y el Artículo 23 de la Ley N° 026 del Régimen Electoral, se dispone la convocatoria a Referendo Constitucional Aprobatorio en circunscripción nacional, a efectos de que el pueblo ejerciendo su soberanía acepte o rechace la reforma del artículo 63 párrafo I.

Artículo 3º (De la organización).- La organización del Referendo Constitucional Aprobatorio estará a cargo del Órgano Electoral Plurinacional siguiendo las normas establecidas por la Ley N° 026 del Régimen Electoral.

Disposición Derogatoria Única. - Se derogan todas las disposiciones contrarias a la presente ley.

Es dado en la ciudad de La Paz, a los 15 días del mes de junio de 2017 años.

Remítase al Órgano Ejecutivo para fines constitucionales.

**CAPÍTULO V**

**CONCLUSIONES Y  
RECOMENDACIONES**

## **5.1. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Establecer los fundamentos jurídicos y sociales del derecho fundamental a constituir familia sin discriminación, para la institución de un régimen jurídico específico sobre el matrimonio igualitario en Bolivia.

Contextualizar histórico, teórico, conceptual, doctrinal y jurídicamente el derecho fundamental a constituir familia sin discriminación, mediante el matrimonio igualitario en el Estado Democrático de Derecho.

Identificar las bases fácticas y empíricas, que determinan la necesidad de establecer los fundamentos jurídicos y sociales del derecho fundamental a constituir familia sin discriminación a través del matrimonio igualitario.

Instituir las bases de una propuesta de una norma jurídica modificatoria del texto constitucional, que fundamente el derecho a constituir familia sin discriminación a través del matrimonio igualitario.

Es una iniciativa para justificar plenamente de que negarse el acceso al matrimonio a parejas homosexuales es evidentemente un acto discriminatorio, lo que va en contra de lo señalado en el artículo 14 párrafo II d la CPE; una reforma a la definición limitada en el artículo 63 párrafo I de la CPE, para establecer que el matrimonio es la unión voluntaria de dos personas con igualdad de derechos y obligaciones para desarrollar una comunidad de vida y ayudarse mutuamente respetando sus derechos sin discriminar las preferencias sexuales distintas.

Según Ossorio la Familia “en un sentido amplio de parentesco, es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos” (Ossorio, 1999: p. 408), básicamente refiere que se trataría de aquel conjunto de personas se hallan unidos por los lazos del parentesco, pero en el fondo es una unidad política limitada a su función biológica y espiritual, que se materializa en el círculo de padres e hijos, de formación moral, de solidaridad y asistencia recíproca.

Si el Estado es el responsable de proteger la vigencia de los valores que rigen a la sociedad, entonces corresponde cuestionar ¿Qué valores justifican el matrimonio únicamente heterosexual establecido en la Ley N° 603?, desde la perspectiva del principio de igualdad de los derechos no existen argumentos para establecer el matrimonio únicamente heterosexual, toda vez que la decisión u orientación sexual tiene que ver con que las personas puedan fijar sus propias concepciones de su preferencia, y poder desarrollar una vida en pareja, a través del matrimonio, esta prohibición por tanto sólo se justificaría si existe un valor preponderante en la Constitución, mayor a las personas y su realización.

Pero la igualdad, va más allá en la vigencia del Estado Plurinacional y el pluralismo jurídico, donde la idea de la igualdad se instituye como una condición sine qua non en relación a la teoría de la justicia social, porque la sociedad plural se rige por principios ético morales, además de Valores que el mismo Estado estima relevante proteger por el ordenamiento jurídico en relación a las libertades de las personas, por tanto priman en razón de la justicia social en relación al principio señalado, valores como ser igualdad, inclusión, dignidad, libertad, respeto, bienestar común, justicia social, a los efectos de justificar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Anderson, A. (2011). El matrimonio entre homosexuales debe ser legal. Estados Unidos: Universidad Estatal de Grand Valley.

Aruquipa, P. D. (2014). Si tú me dices ven, lo dejo todo - Historias de parejas del mismo sexo en Bolivia. Moreno Artes Gráficas.

Bimbi, B. (2010). Matrimonio Igualitario. Argentina: Grupo Editorial Planeta SAIC.

Bolivia, E. P. (2010). Ley N° 045, Ley contra el Racismo y toda forma de Discriminación. Bolivia: Gaceta Oficial del Estado.

Discriminación, C. d. (s.f.). Resolución N° 06/2014.

Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial del Estado.

Estado Plurinacional de Bolivia. (2014). Ley N° 548 Código Niña, Niño y Adolescente. Bolivia: Gaceta Oficial del Estado.

Estado Plurinacional de Bolivia. (2014). Ley N° 603, Código de las Familias y del Proceso Familiar. Bolivia: Gaceta Oficial del Estado.

Franco Cordero, G. (2009). Análisis del Artículo 45 de la nueva Constitución Política del Estado. La Paz: Banco Central de Bolivia.

Krasnow, A. N. (2012). El nuevo modelo de matrimonio civil en el derecho argentino. *Revista de Derecho Privado* N° 22.

Mostajo Machicado, M. (2005). Seminario Taller de Grado y Asignatura CJR-000 Técnicas de Estudio. La Paz: Umsa-FDCP.

Ossorio, M. (1999). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Guatemala: Editorial Datascan, 1ª edición electrónica.

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la Real Academia*. Microsoft Corporation.

Tiempos, P. L. (20 de julio de 2011). 1500 personas en Bolivia se declaran no heterosexuales.

Vidal Molina, P. F. (2009). La teoría de la justicia social en Rawls. *Polis Revista Latinoamericana*.